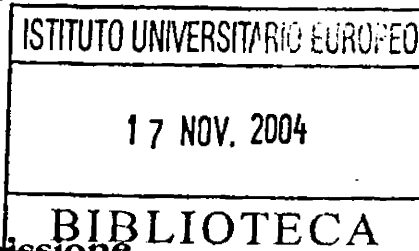




Istituto universitario europeo
Dipartimento di Scienze giuridiche



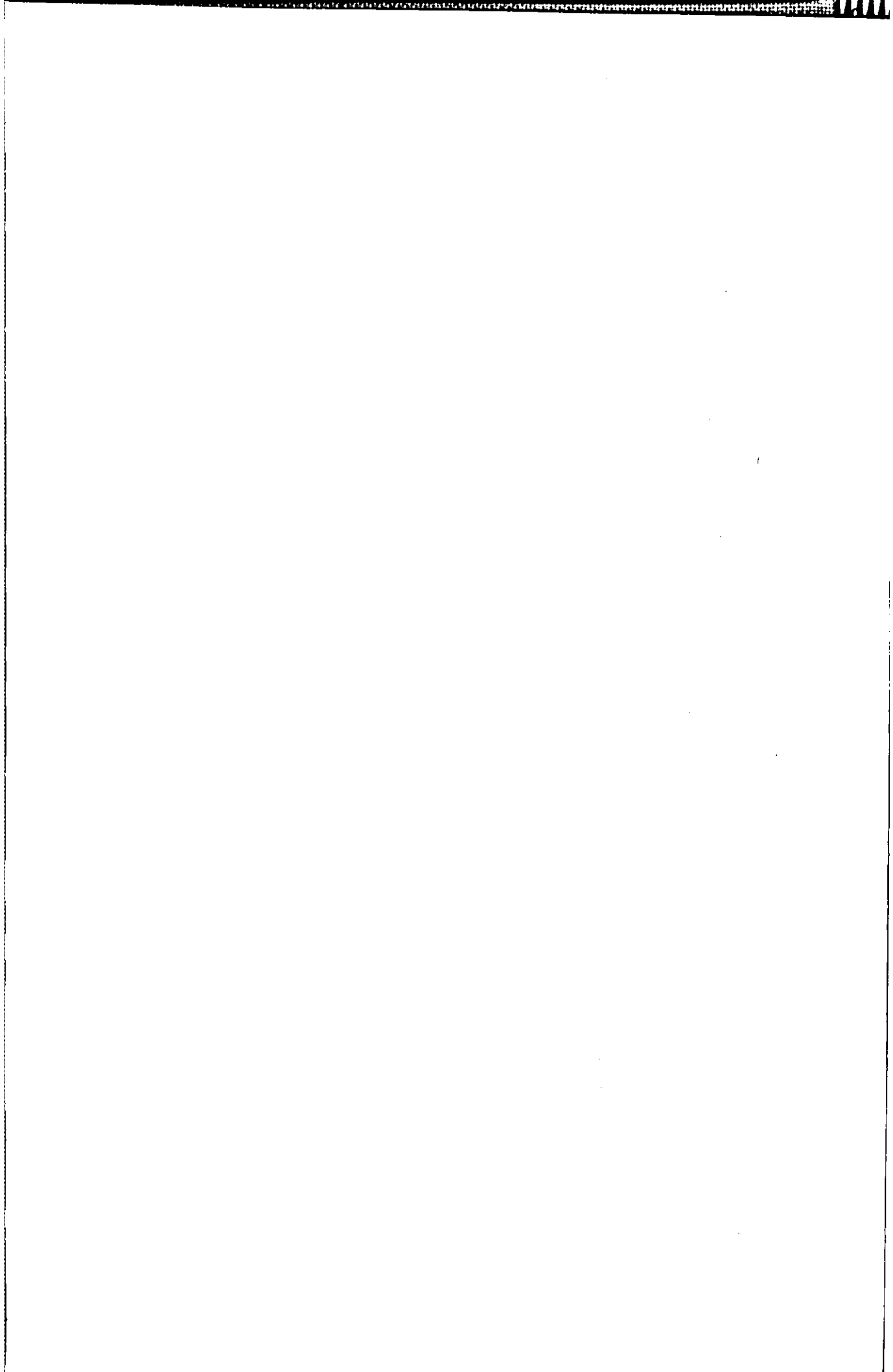
Tesi sottoposta al giudizio della Commissione
per il conseguimento del Dottorato di ricerca in Scienze
Giuridiche

Anno accademico 2004-2005

La responsabilità internazionale dello Stato
per violazione delle norme OMC:
regime speciale o ordinamento particolare?

Valentina Bettin

Firenze, Novembre 2004



**Istituto universitario europeo
Dipartimento di Scienze giuridiche**

Anno accademico 2004-2005

Tesi sottoposta al giudizio della Commissione
per il conseguimento del Dottorato di ricerca in Scienze
Giuridiche

**La responsabilità internazionale dello Stato
per violazione delle norme OMC:
regime speciale o ordinamento particolare?**

Valentina Bettin

Commissione

Direttore di tesi

Chiar.mo Prof. Pierre-Marie Dupuy (Istituto universitario europeo)

Relatori

Chiar.ma Prof.ssa Geneviève Bastid-Burdeau (Université de Paris I)

Chiar.mo Prof. Francesco Francioni (Istituto universitario europeo)

Chiar.mo Prof. Giorgio Sacerdoti (Università Bocconi)

Firenze, Novembre 2004



INDICE

INTRODUZIONE.....	p.1
-------------------	-----

CAPITOLO I IL DIRITTO INTERNAZIONALE GENERALE E IL DIRITTO DELL'ORGANIZZAZIONE MONDIALE DEL COMMERCIO

Sezione I. La relazione fra diritto internazionale e diritti da esso derivati: quattro variazioni sul tema

1.1 Il concetto di <i>self-contained regime</i>	p. 18
1.2 Il concetto di sottosistema aperto	p. 26
1.3 Il concetto di <i>primary norm remedy system</i>	p. 29
1.4 Il concetto di regime speciale.....	p. 31

Sezione II. Una nuova chiave di lettura: il concetto di ordinamento giuridico internazionale, generale e particolare

2.1 Il concetto di ordinamento giuridico e la sua applicazione al diritto internazionale.....	p. 36
2.2 Ordinamenti giuridici generali e particolari.....	p. 47
2.3 Rapporti fra ordinamento generale e ordinamenti particolari	p. 50

Sezione III. Il diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio: ordinamento particolare dell'ordinamento generale internazionale

3.1 Il diritto dell'OMC e il concetto di diritto di Hart	p. 54
3.2 Il diritto dell'OMC: ordinamento particolare dell'ordinamento generale internazionale.....	p. 58
3.3 Rapporti fra l'ordinamento particolare dell'Organizzazione mondiale del commercio e l'ordinamento generale internazionale.....	p. 60

CAPITOLO II
L'ORIGINE DELLA RESPONSABILITÀ NELL'ORDINAMENTO
INTERNAZIONALE GENERALE E NELL'ORDINAMENTO OMC: L'ELEMENTO
SOGGETTIVO

Sezione I. Lo Stato e il suo apparato

- 1.1 Attribuzione allo Stato del comportamento dei suoi organi..... p. 69
- 1.2 Attribuzione allo Stato del comportamento di enti pubblici..... p. 82

Sezione II. Lo Stato ed i privati

- 2.1 Attribuzione allo Stato del comportamento di organi di fatto..... p. 97
- 2.2 Attribuzione allo Stato del comportamento di privati..... p. 107

CAPITOLO III
L'ORIGINE DELLA RESPONSABILITÀ NELL'ORDINAMENTO
INTERNAZIONALE GENERALE E NELL'ORDINAMENTO OMC: L'ELEMENTO
OGGETTIVO

Sezione I. Il fatto illecito e i ricorsi per infrazione nel quadro dell'Organizzazione mondiale del commercio

- 1.1 Caratteristiche generali del fatto illecito..... p. 119
- 1.2 Il fatto illecito ed i ricorsi per infrazione nel quadro dell'OMC..... p. 123
- 1.3 Le caratteristiche temporali del fatto illecito e i ricorsi per infrazione dell'OMC..... p. 136

Sezione II. Il fatto illecito, i ricorsi senza infrazione ed i situation complaints

- 2.1 Caratteristiche generali dei ricorsi senza infrazione e dei *situation complaints*..... p. 144
- 2.2 Annullamento e pregiudizio dei benefici derivanti dalla partecipazione all'OMC in assenza d'infrazione e responsabilità internazionale per fatto illecito..... p. 152
- 2.3 I "veri" ricorsi senza infrazione e i *situation complaints* alla luce della responsabilità internazionale per negligenza e per fatto lecito..... p. 161

CAPITOLO IV IL CONTENUTO DELLA RESPONSABILITÀ NELL'ORDINAMENTO INTERNAZIONALE GENERALE E NELL'ORDINAMENTO OMC

Sezione I. Il ripristino della legalità

1.1	L'obbligo di cessazione del fatto illecito per violazione di una norma internazionale e per violazione di una norma OMC.....	p.171
1.2	La cessazione dell'illecito nell'ipotesi di violazione di un obbligo di condotta.....	p.180
1.3	Assicurazioni e garanzie di non ripetizione.....	p.184

Sezione II. La riparazione

2.1	La <i>restitutio in integrum</i> nell'ordinamento internazionale generale e nell'ordinamento OMC.....	p. 193
2.2	Il risarcimento nell'ordinamento internazionale e nell'ordinamento OMC ...	p. 204
2.3	La soddisfazione nell'ordinamento internazionale e nell'ordinamento OMC.	p. 211

CAPITOLO V L'ATTUAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ NELL'ORDINAMENTO INTERNAZIONALE GENERALE E NELL'ORDINAMENTO OMC

Sezione I. L'invocazione della responsabilità

1.1	L'invocazione della responsabilità nell'ordinamento internazionale.....	p. 219
1.2	L'invocazione della responsabilità nell'ordinamento OMC.....	p. 224
1.3	Gli Stati autorizzati a ricorrere allo strumento delle contromisure nel diritto internazionale e nel diritto dell'OMC.....	p. 236

Sezione II. Le contromisure

2.1	Il regime generale delle contromisure previsto dall'ordinamento internazionale e dall'Intesa per la soluzione delle controversie.....	p. 245
2.2	Le norme internazionali in materia di contromisure: fonte sussidiaria dell'ordinamento OMC.....	p. 252
2.3	Le contromisure internazionali: strumento sostitutivo rispetto ai meccanismi di garanzia previsti dall'Intesa di soluzione delle controversie dell'OMC.....	p. 258
CONCLUSIONI.....		p. 265
BIBLIOGRAFIA.....		p. 275

INTRODUZIONE

L'istituzione dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC), con il primo gennaio del 1995¹, segna l'inizio di una nuova era, non solo per il commercio internazionale, ma anche per il diritto internazionale. L'esistenza di un meccanismo giurisdizionale pressoché obbligatorio², di un doppio grado di giudizio³ e di sanzioni economiche nell'ipotesi di mancata osservanza delle decisioni adottate dall'Organo di soluzione delle controversie⁴, in effetti, fanno dell'OMC uno dei primi esempi di organizzazione internazionale, a vocazione universale, dotata di strumenti efficaci per garantire il rispetto del principio di legalità nella sfera delle relazioni internazionali.

Il passaggio dal sistema di soluzione delle controversie del GATT'47, che James Bacchus ha definito un «mix of law with politics and diplomacy»⁵, ad una procedura contenziosa incentrata sul rispetto del principio di legalità, ha permesso di sottrarre il diritto del commercio internazionale al destino di «periferia» del diritto internazionale. Le modifiche apportate dall'accordo istitutivo dell'OMC, nonché l'ampio uso che le parti contraenti hanno fatto fin dall'inizio dei meccanismi di soluzione delle controversie predisposti dall'Intesa hanno, in effetti, indotto molti autori a riflettere sui rapporti fra diritto del commercio internazionale e diritto internazionale. Alcuni di essi hanno confrontato le caratteristiche dell'Intesa di soluzione delle controversie con altri meccanismi giurisdizionali internazionali⁶, altri hanno comparato i principi generali applicati da panel ed Organo di appello nel quadro dell'OMC con quelli contemplati dal diritto internazionale generale⁷, altri, ancora, hanno messo in luce l'importanza di coordinare il diritto dell'OMC con rami materiali o sistemi istituzionali diversi del diritto

¹ L' «Atto finale che incorpora i risultati dei negoziati commerciali multilaterali dell'Uruguay Round» è stato sottoscritto da 111 dei 125 Stati che hanno partecipato ai negoziati il 15 aprile del 1994 in occasione della Conferenza ministeriale di Marrakech ed è entrato in vigore il 1° gennaio del 1995.

² Il sistema giurisdizionale dell'OMC è *quasi* obbligatorio dal momento che la richiesta unilaterale di una delle parti contraenti d'istituire un panel o di ricorrere all'Organo di appello, così come l'adozione del rapporto finale del panel o dell'Organo di appello è approvata automaticamente dall'Organo di soluzione delle controversie, a meno che quest'ultimo non decida per *consensus* in senso contrario. Vedi, a tale proposito gli art. 6.1, 16.4 e 17.14 dell'Intesa di soluzione delle controversie, inserita nell'allegato 2 dell'accordo istitutivo dell'OMC.

³ Vedi l'art. 17 dell'Intesa.

⁴ Vedi l'art. 22 dell'Intesa.

⁵ J.BACCHUS, *Groping toward Grotius: the WTO and the International Rule of Law*, in *Harvard International Law Journal*, 2003, p. 539.

⁶ Vedi D.McRAE, *The WTO in International Law: Tradition Continued or New Frontier?*, in *Journal of International Economic Law*, 2000, pp. 27-41.

⁷ M.DI STEFANO, *Soluzione delle controversie nell'OMC e diritto internazionale*, Cedam Padova, 2001, J.HU, *The Role of International Law in the development of WTO Law*, in *Journal of International Economic Law*, 2004, pp. 143-167; J.CAMERON e K.R.GRAY, *Principles of International Law in the WTO Dispute Settlement Body*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2001, pp. 248-298.

internazionale⁸, altri, infine, hanno esaminato i rapporti fra diritto dell'OMC e diritto internazionale, circoscrivendo la loro analisi alle regole d'interpretazione dei trattati⁹, oppure alle norme che disciplinano il contenuto e l'attuazione della responsabilità¹⁰. Pochi hanno cercato di delineare un modello teorico che permettesse di chiarire perché e secondo quali modalità il diritto del commercio internazionale è passibile di essere integrato da norme internazionali¹¹.

Tale quesito non viene sollevato per soddisfare esigenze astratte di coerenza sistemica. Esso, da un lato, ha dei risvolti pratici immediati nel quadro dell'OMC. Basti pensare alle critiche rivolte all'Organo di appello per non seguire criteri uniformi e sistematici nell'applicazione di fonti esterne agli accordi OMC.¹² Dall'altro, ha dei riflessi importanti sull'unità e quindi sull'esistenza stessa dell'ordinamento internazionale. Il diritto dell'OMC, in effetti, non è che uno dei tanti diritti derivati dal diritto internazionale che, in assenza di regole che ne chiariscano i rapporti, rischiano di compromettere la coerenza e quindi l'efficacia del sistema internazionale nel suo complesso. La Commissione di diritto internazionale stessa, consapevole della sfida posta dalla proliferazione di diritti speciali, ha deciso di avviare uno studio sulla frammentazione del diritto internazionale¹³. Nel suo primo rapporto, il gruppo di studio incaricato di esaminare le difficoltà derivanti dalla diversificazione ed espansione del diritto internazionale, ha sottolineato l'importanza di operare una distinzione fra

⁸ Vedi G.MARCEAU, *A Call for Coherence in International law. Praises for the Prohibition Against "Clinical Isolation"* in *WTO Dispute Settlement*, in *Journal of World Trade*, 1999, pp. 87-152 e Von JAN NEUMANN, *Die Koordination des WTO-Rechts mit anderen völkerrechtlichen Ordnungen, Konflikte des materiellen Rechts und Konkurrenzen der Streitbeilegung*, Dunker & Humblot, Berlin, 2002.

⁹ Vedi E. CANAL-FORGUES, *Sur l'interprétation dans le droit de l'OMC*, in *Revue générale de droit international public*, vol. 11, 2001, p. 105 ss.

¹⁰ Vedi P.C.MAVROIDIS, *Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place*, in *European Journal of International Law*, vol. 11, n.4, 2000, p. 763 ss; P.GRANÉ, *Remedies under WTO Law*, in *Journal of International Economic Law*, 2001, p. 755 ss; S.CHARNOVITZ, *Rethinking WTO Trade Sanctions*, in *American Journal of International Law*, 2001, p. 792 ss; C.CARMODY, *Remedies and Conformity under the WTO Agreement*, in *Journal of International Economic Law*, 2002, p. 307 ss.

¹¹ Vedi M.GARCIA-RUBIO, *On the application of Customary Rules of State Responsibility by the WTO Dispute Settlement Organs*, Graduate Institute of International Studies, Geneva, 2001; J. PAUWELYN, *The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?*, *American Journal of International Law*, vol.95, 2001, p. 535 ss e, dello stesso autore, *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003; L.BARTELS, *Applicable Law in WTO Dispute Settlement Proceedings*, in *Journal of World Trade*, 2001, pp. 499-519.

¹² Vedi D. McRAE, *Claus-Dieter Ehlermann's Presentation on "the Role and the Record of Dispute Settlement Panels and Appellate Body of the WTO"*. Comments by Professor Donald McRae, in *Journal of International Economic Law*, 2003, pp.709-717.

¹³ À sa cinquante-quatrième session, en 2002, la Commission a décidé d'inscrire le sujet à son programme de travail et a créé un Groupe d'étude du sujet. «La fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international» *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément n o 10 (A/57/10)*, chap. IX.A, par. 492 à 494.

prospettiva materiale e prospettiva istituzionale, precisando che: «tandis que la première s'intéressait surtout aux questions institutionnelles touchant à la coordination pratique, la hiérarchie institutionnelle et la nécessité pour les différents acteurs - en particulier les cours et tribunaux internationaux - de prêter mutuellement attention à leur jurisprudence respective, la deuxième supposait que l'on examine si et comment le fond du droit lui-même pouvait s'être fragmenté en régimes particuliers qui risquaient de manquer de cohérence ou étaient en contradiction entre eux»¹⁴. La seconda prospettiva è stata preferita rispetto alla prima e, al fine di svilupparla, i membri del gruppo hanno convenuto d'incentrare l'attenzione sulla portata della regola *lex specialis*¹⁵.

Quest'impostazione corrisponde a quella seguita dagli autori che hanno esaminato dal punto di vista teorico il problema dei rapporti fra diritto dell'OMC e diritto internazionale. Essi, in effetti, sono partiti dal presupposto che il diritto del commercio internazionale non sia altro che una fonte speciale di diritto internazionale ed hanno suggerito di declinare i rapporti fra queste due fonti attraverso la regola *lex specialis derogat legi generali*¹⁶. Il limite di quest'approccio risiede nella scelta di mantenere rigorosamente distinte le caratteristiche sostanziali del diritto dell'OMC rispetto a quelle istituzionali. Tale soluzione è riduttiva dal momento che trascura l'incidenza che la dimensione istituzionale esercita sulla componente materiale. In altri termini, non tiene in debito conto che l'esistenza in seno all'OMC di organi permanenti deputati ad esercitare la funzione di produzione di norme e di garanzia del diritto contribuisce a trasformare l'insieme delle regole OMC in un vero e proprio *ordinamento giuridico* che segue

¹⁴ *Rapport du groupe d'étude sur la fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Doc. CDI, Cinquantacinquesima session, Doc. A/CN.4/L.644, 18 luglio 2003, p. 3.

¹⁵ Il presidente del gruppo di lavoro M. Marti Koskeniemi è stato incaricato di effettuare uno studio per il 2004 sul tema: «La fonction et la portée de la règle de la *lex specialis* et la question des "régimes autonomes"».

¹⁶ I loro contributi si differenziano solo per quanto riguarda la definizione della portata e delle modalità di applicazione di tale regola. In particolare Garcia-Rubio accoglie una nozione restrittiva del principio *lex specialis*, escludendo l'applicazione del diritto internazionale generale solo nell'ipotesi di deroga *esplicita* (M-GARCIA-RUBIO, *cit.*, p. 35 ss). Joost Pauwelyn, invece, interpreta il principio di specialità in modo più flessibile, escludendo l'applicazione del diritto internazionale generale anche in caso di deroga *implicita* (vedi J. PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, pp. 215-218). Lorand Bartels, infine, ritiene che in via di principio i rapporti fra norme internazionali generali e norme OMC debbano essere disciplinati dalla regola *lex specialis*, ma esclude di fatto la possibilità di una sua eventuale applicazione facendo leva sull'art. 3.2 dell'Intesa ai sensi del quale «les recommandations et décisions de l'ORD ne peuvent pas accroître ou diminuer les droits et obligations énoncés dans les accords visés». Secondo l'autore, in effetti, la funzione di questa disposizione «is to ensure that in the event of a conflict between the provisions of the covered agreements and any other applicable law, the covered agreements shall prevail» (L. BARTELS, *Applicable Law in WTO Dispute Settlement Proceedings*, *cit.*, p. 507).

logiche specifiche d'interazione con l'esterno, diverse rispetto ad un mero aggregato di norme materiali.

La scelta del termine ordinamento giuridico non è casuale¹⁷. Inizialmente, questa nozione è stata applicata solamente ai diritti nazionali. In seguito, alcuni autori hanno considerato questo concetto valido anche per descrivere il diritto internazionale¹⁸. Finora, però, nessuno ha condotto uno studio sistematico sulle potenzialità derivanti dall'applicazione di tale strumento analitico anche ai diritti derivati dal diritto internazionale al fine di chiarire i rapporti fra i primi ed il secondo¹⁹. La proposta avanzata nel primo capitolo della tesi consiste proprio in questo, ovvero nell'opportunità di avvalersi del concetto di ordinamento giuridico per descrivere le modalità d'interazione fra diritto internazionale e i diritti derivati dal diritto internazionale dotati di norme secondarie di riconoscimento, giudizio e cambiamento. Il vantaggio di tale soluzione risiede nella capacità di conciliare l'apertura dei singoli sistemi di diritto a norme internazionali esterne con la tutela delle finalità specifiche di ciascun ordinamento particolare in cui sono chiamate ad operare.

Se si accoglie tale modello, ovvero se si assimila i diritti derivati dal diritto internazionale generale ad ordinamenti particolari dell'ordinamento internazionale generale, la regola *lex specialis*, che si applica normalmente a fonti appartenenti al medesimo ordinamento, viene sostituita dal principio di *competenza*, elaborato dal

¹⁷ Il concetto di ordinamento giuridico affonda le sue origini nel positivismo giuridico. Kelsen, in effetti, è stato il primo ad evidenziare i problemi specifici posti da un complesso sistematico di norme rispetto a quelli relativi alla norma in quanto tale. Il primo autore ad utilizzare esplicitamente il concetto di ordinamento giuridico è stato, però, Santi Romano che criticando il positivismo giuridico di eccessivo formalismo ha focalizzato l'attenzione sulla componente istituzionale del fenomeno giuridico. L'ordinamento giuridico, secondo tale autore, non è altro che un complesso di regole imposte da quella componente della società, definita istituzione, che, in virtù del potere e della forza che detiene, è riuscita ad imporre il suo ordine sociale. La teoria istituzionale di Santi Romano, ha senz'altro il merito di includere nella sfera di analisi del giurista elementi quali l'organizzazione, l'autorità e il potere, precedentemente esclusi dall'oggetto della scienza giuridica. Al tempo stesso, riconoscendo alle norme un ruolo meramente ancillare rispetto all'istituzione pecca di eccessivo realismo. Tali limiti sono stati superati dal positivismo analitico inglese che, operando una sintesi efficace fra impostazione normativistica e impostazione istituzionale, ha elaborato il concetto di sistema di diritto, inteso come insieme di norme primarie e norme secondarie di riconoscimento, cambiamento e giudizio. Vedi, *infra*, sezione II del capitolo I.

¹⁸ Vedi, in particolare, GABI-SAAB, *Cours général de droit international public*, R.C.A.D.I., vol. 207, 1987, p. 24 ss, e P.-M. DUPUY, *L'unité de l'ordre juridique international*, R.C.A.D.I., vol. 297, 2002, pp. 43-91.

¹⁹ L'unica eccezione è rappresentata da Jan Neumann che ricorre alla locuzione «international treaty order» per indicare «the entirety of the norms and rules applying to an international organization or an international regime», precisando che «all norms of one treaty order are subject to the same secondary rules (...). The competences of the organs of treaty orders are essential for their possibility to influence the relationship with other treaty orders by norm setting or norm interpretation», Von JAN NEUMANN, *Die Koordination des WTO-Rechts mit anderen völkerrechtlichen Ordnungen, Konflikte des materiellen Rechts und Konkurrenzen der Streitbeilegung*, cit., p. 704. Al tempo stesso, l'autore focalizza l'attenzione soprattutto sui rapporti fra diritto OMC e ed altri diritti internazionali particolari senza sviluppare fino in fondo le implicazioni derivanti dal ricorso al concetto di ordinamento giuridico per quanto riguarda la relazione fra diritto OMC e diritto internazionale generale.

pluralismo giuridico per disciplinare i conflitti fra ordinamenti²⁰. Esso comporta, nell'ipotesi di contrasto fra norme dell'ordinamento generale e norme dell'ordinamento particolare, l'applicazione delle seconde e la *disapplicazione* (e non la deroga, che si avrebbe nell'ipotesi di applicazione del principio *lex specialis*) delle prime. La prevalenza dell'ordinamento particolare rispetto all'ordinamento generale, in effetti, non è assoluta, ma dipende dall'effettività dell'ordinamento particolare, ovvero dalla sua capacità di tutelare gli interessi per la soddisfazione dei quali è stato costituito. Qualora, in particolare, l'ordinamento particolare presenti delle lacune od inefficienze giuridiche che possono essere sanate dall'ordinamento internazionale generale, le norme internazionali generali pertinenti potranno essere applicate, a titolo sussidiario, o addirittura, a titolo *sostitutivo*. Quest'ultima ipotesi potrebbe verificarsi se l'inefficienza giuridica dell'ordinamento particolare è prodotta da norme confliggenti con quelle contemplate dall'ordinamento internazionale. In tal caso, sarebbe possibile fare ricorso alle norme internazionali generali, anche in violazione delle norme particolari, in ultima istanza, per evitare il fallimento dell'ordinamento particolare nel suo complesso²¹.

La possibilità di *ricaduta*, o *fall-back*, di un sottosistema di diritto internazionale nel sistema internazionale, era già stata contemplata dalla dottrina e teorizzata da Marschik, attraverso l'elaborazione del concetto di *primary norm remedy system*²². Il merito della soluzione accolta da quest'autore risiede nell'aver valorizzato la specificità ed unità dei diritti derivati dal diritto internazionale, dotati non solo di norme primarie, ma anche di norme secondarie. Al tempo stesso, la soluzione proposta da Marschik presenta il grosso limite di circoscrivere l'interazione fra sistema internazionale e sottosistemi da esso derivati all'ipotesi estrema di fallimento strutturale sottosistemico. Tale modello, in altri termini, non è soddisfacente dal momento che non permette di colmare, tramite

²⁰ Vedi, in particolare, F. MODUGNO, *Pluralità degli ordinamenti*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIV, Giuffrè, Milano, 1980, p. 14.

²¹ Se si assimila, invece, il diritto OMC ad una fonte speciale del diritto internazionale, il ricorso, in ultima istanza, a norme internazionali generali incompatibili con norme OMC non sarebbe possibile. In effetti, il conflitto fra fonti speciali e fonti generali del medesimo ordinamento, comporta una deroga *definitiva ed irreversibile* delle seconde a vantaggio delle prime.

²² Vedi A. MARSCHIK, *Subsysteme im Völkerrecht : ist die Europäische Union ein "Self-Contained Regime"?*, Duncker & Humblot, Berlin, 1997. Con l'espressione *primary norm remedy system*, l'autore intende fare riferimento ad un insieme di norme primarie e secondarie derivate dal diritto internazionale, strutturalmente legate, in modo tale da formare un'unità. Dal punto di vista del diritto internazionale, questo sottosistema strutturato di norme secondarie e primarie corrisponde ad una norma internazionale primaria dotata di un proprio meccanismo di protezione. Le norme internazionali in via di principio non sono applicabili nel sottosistema, fatta eccezione nell'ipotesi di fallimento delle norme secondarie sottosistemiche. In tal caso, il disequilibrio sottosistemico produce la violazione di una norma internazionale primaria che attiva, a sua volta, le norme secondarie corrispondenti, ovvero le norme secondarie del diritto internazionale.

l'applicazione, a titolo sussidiario, delle norme internazionali generali, le lacune ordinarie del sottosistema.

Il concetto di ordinamento particolare è particolarmente interessante in quanto si colloca in una posizione intermedia fra la nozione di regime speciale in base alla quale il diritto internazionale generale è parte integrante dei diritti derivati e la nozione di *primary norm remedy system* in base alla quale il diritto internazionale generale costituisce solamente un rimedio di ultima istanza per supplire alle carenze strutturali del sottosistema. Il concetto di ordinamento particolare è preferibile, rispetto ad entrambi i modelli, in quanto offre una sintesi delle loro qualità, privandoli dei loro difetti.

Lo scopo della tesi consiste nell'applicare il concetto di ordinamento giuridico particolare al diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio, in modo tale da mettere in luce attraverso l'esame delle norme contenute negli accordi OMC e della prassi dei panel e dell'Organo di appello i vantaggi, non solo astratti, ma anche pratici derivanti dal ricorso a tale modello piuttosto che agli altri.

Per realizzare questo studio, in modo approfondito, è stato ritenuto preferibile, limitare l'analisi ad un settore specifico d'interazione effettiva e potenziale fra diritto internazionale generale e diritto dell'OMC, ovvero il diritto della responsabilità²³.

I motivi che hanno indotto a privilegiare quest'area del diritto internazionale generale sono molteplici²⁴.

In primo luogo, il diritto della responsabilità è stato una delle prime sfere del diritto internazionale generale in cui si è posto il problema di individuare regole di coordinamento fra aree del diritto internazionale caratterizzate da un grado di accentrimento diverso della funzione giurisdizionale²⁵.

²³ Volendo identificare, oltre ai casi di rinvio esplicito al diritto internazionale, anche le opportunità mancate, era necessario non solo individuare i richiami al diritto internazionale espressamente previsti dal diritto OMC, ma anche interpretare i silenzi dei trattati e della giurisprudenza. Di qui la necessità di circoscrivere *ratione materiae* la sfera di regole oggetto di analisi.

²⁴ Naturalmente, il diritto della responsabilità può costituire un terreno fertile di confronto fra i due ordinamenti solo a condizione di abbracciare la teoria della doppia norma, ovvero, a condizione di ammettere l'esistenza di norme internazionali secondarie suscettibili di disciplinare la situazione di responsabilità prodotta dall'infrazione di norme primarie e il cui contenuto prescinde dal contenuto dell'obbligo principale violato. Questa è l'impostazione che è stata seguita dalla Commissione di diritto internazionale a partire dalla metà degli anni settanta. Essa, nonostante sia stata contestata da alcuni eminenti autori, quali Rolando Quadri (vedi R.QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, Liguori, Napoli, 1978, pp. 585-587) è condivisa dalla maggior parte della dottrina e, in quanto tale, è assunta come valida anche nella presente ricerca.

²⁵ I primi autori che hanno affrontato il problema della frammentazione del diritto internazionale si sono interrogati soprattutto sulla possibilità o meno di ricorrere a strumenti di autotutela individuale in regimi dotati di un meccanismo obbligatorio di soluzione delle controversie. Si veda, per tutti, B.SIMMA, *Self-contained regimes*, in *Netherlands Yearbook of International Law*, 1985, p. 111 ss

In secondo luogo, il diritto della responsabilità è stato il settore privilegiato dalla dottrina precedente per dimostrare la validità dei concetti di regime speciale nonché di *primary norm remedy system*, che nella presente ricerca s'intende criticare²⁶.

In terzo luogo, il diritto della responsabilità, ovvero le norme secondarie di giudizio, ancor più delle norme secondarie di cambiamento, influiscono in modo determinante sul grado di complessità di un ordinamento giuridico²⁷. Di qui, l'interesse ad esaminare il livello di permeabilità di queste norme che, più di altre, contribuiscono a diversificare il diritto OMC dal diritto internazionale generale.

Infine, il diritto della responsabilità, come tutte le norme secondarie di diritto internazionale generale, a differenza delle norme primarie, rientra *ipso facto* nella sfera di competenza giurisdizionale dei panel e dell'Organo di appello. L'esame del grado di apertura del diritto dell'OMC nei confronti del diritto internazionale generale, risulta, quindi agevolato, dal momento che è possibile focalizzare l'attenzione sulle fonti che possono spiegare i loro effetti giuridici nel quadro dell'OMC, dando per scontato che panel ed Organo di appello siano competenti ad applicarle nell'ambito delle controversie ad essi sottoposte.

La fonte principale utilizzata nel corso della ricerca per rinvenire le norme internazionali che disciplinano l'istituto della responsabilità è il testo di codificazione della Commissione di diritto internazionale, approvato dall'Assemblea generale sotto forma di Risoluzione, il 12 dicembre del 2001²⁸. Questo testo è il risultato di quaranta anni di codificazione²⁹. Esso costituisce senza ombra di dubbio la fonte di ricognizione più accreditata in materia di responsabilità. Al tempo stesso, non è esente da limiti ed ambiguità. La decisione di utilizzare questo strumento come cartina di tornasole del diritto internazionale della responsabilità perciò, da un lato, è stata dettata dall'esigenza di disporre di una fonte autorevole di accertamento della prassi internazionale in modo tale da oggettivare il più possibile la comparazione con le corrispondenti norme OMC, dall'altro, è stata anche colta come un'opportunità per esaminare criticamente l'attività di codificazione della CDI.

²⁶ Garcia Rubio e Joost Pauwelyn hanno verificato la validità del concetto di regime speciale per descrivere i rapporti fra diritto OMC e diritto internazionale focalizzando l'attenzione sulle regole che disciplinano il contenuto e l'attuazione della responsabilità. Lo stesso ha fatto Marschik, allorché ha applicato il concetto di *primary norm remedy system* al diritto comunitario.

²⁷ Vedi, a tale proposito, C.LEBEN, *De quelques doctrines de l'ordre juridique*, *Droits*, 2001, p. 19 ss

²⁸ Questo testo è stato adottato in seconda lettura dalla Commissione di diritto internazionale, durante i lavori della Cinquantatreesima sessione, il 26 luglio 2001 (Doc. A/CN.4/L.602/Rev.1) e dall'Assemblea generale delle Nazioni unite, sotto forma di Risoluzione, il 12 dicembre 2001 (Res. A/56/83).

²⁹ Vedi P.-M. DUPUY, *Quarante ans de codification du droit de la responsabilité internationale des Etats. Un bilan*, in *Revue générale de droit international public*, 2003, pp. 305-348.

L'esame dei rapporti fra diritto internazionale e diritto dell'OMC, è incentrato sulla responsabilità per fatto illecito. Questa scelta è dovuta essenzialmente al fatto che quasi tutta la prassi OMC verte su ricorsi aventi per oggetto violazioni delle norme OMC. Questo non significa che la responsabilità per fatto lecito e la responsabilità per mancanza di *due diligence* non debbano essere prese in considerazione. Al contrario, vi sono casi specifici, anche se circoscritti, in cui il diritto dell'OMC potrebbe beneficiare del ricorso a questi due istituti. Nel corso della tesi questa possibilità non viene trascurata. Al contrario, soprattutto, nel capitolo III dedicato all'elemento oggettivo del fatto generatore della responsabilità³⁰, l'opportunità o meno d'inquadrare i *non-violation complaints* ed i *situation complaints* avvalendosi di queste categorie giuridiche viene esaminata con cura. Viceversa, non tutte le norme codificate nel testo della CDI sulla responsabilità per fatto illecito sono state prese in considerazione. In alcuni casi, le regole internazionali sono state tralasciate in quanto estranee alla sfera di giurisdizione dell'Organo di soluzione delle controversie³¹. In altri casi, non sono state prese in considerazione a causa dell'assenza assoluta d'indicazioni negli accordi OMC o nei rapporti dei panel e dell'Organo di appello in materia³². In altri casi, ancora, infine, non sono state esaminate in quanto il diritto dell'OMC presenta nel medesimo ambito un regime così articolato e dettagliato rispetto al diritto internazionale generale, che le possibilità d'interazione effettiva fra i due ordinamenti risultano poco probabili³³.

³⁰ Con il termine fatto generatore s'intende «tout fait imputable à l'Etat et reconnu susceptible d'entraîner pour lui l'engagement de sa responsabilité internationale». Vedi P.-M. DUPUY, *Le fait générateur de la responsabilité internationale des Etats*, in *R.C.A.D.I.*, 1984, vol. 188, pp. 26-27.

³¹ Vedi le norme codificate nel capitolo III della parte seconda del testo di codificazione che disciplinano le conseguenze giuridiche derivanti dalla violazione grave di obblighi di *ius cogens*.

³² Vedi le norme del capitolo V del testo della CDI che disciplinano la responsabilità di uno Stato per fatto compiuto da un altro Stato.

³³ Vedi le norme del capitolo V della prima parte del testo della CDI che disciplinano le circostanze che escludono l'illecito. Tali regole difficilmente possono spiegare i propri effetti giuridici nel quadro dell'OMC, dal momento che quest'ultimo risulta dotato di un insieme articolato ed esaustivo di clausole di deroga e salvaguardia. Per un'illustrazione di tale regime vedi, A.LIGUSTRO, *Le clause de deroga e salvaguardia*, in P.PICONE e A.LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, Cedam Padova, 2002, pp. 293-357. Un'eccezione può essere costituita dallo stato di necessità. Quest'eccezione, disciplinata nell'art. 25 del testo della CDI, in effetti, non sempre risulta completamente assorbita dalle deroghe convenzionali contemplate nel quadro dell'OMC. Basti pensare all'ipotesi, segnalata dal Professor Benvenuti, di emergenza sanitaria causata dal diffondersi di gravi malattie epidemiche in numerosi paesi in via di sviluppo e all'inadeguatezza del sistema di deroghe contemplato dall'accordo TRIPS. Vedi, P.BENVENUTI, *La scusante dello stato di necessità: la codificazione alla prova dei fatti*, relazione presentata in occasione del incontro di studio *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti*, tenutosi a Firenze, il 2-4 settembre 2004. Tuttavia, anche per quanto riguarda tale scusante, non esiste prassi che rifletta l'esistenza d'interazioni giuridiche fra i due ordinamenti. In particolare, in materia di emergenza sanitaria, le parti contraenti, anziché appellarsi alla norma consuetudinaria generale, hanno preferito modificare ed ampliare i limiti di deroga previsti dall'art. 31 (f) dell'accordo TRIPS.

Dopo aver chiarito le fonti e il raggio di azione della ricerca, è importante soffermarsi sulle modalità seguite per verificare il grado d'impermeabilità del diritto dell'OMC nei confronti del diritto internazionale. In primo luogo, le norme codificate nel testo della CDI sono state comparate con le corrispondenti norme OMC, al fine d'identificare i casi in cui il diritto dell'OMC presenta un regime diverso, analogo oppure delle lacune rispetto al diritto internazionale. In secondo luogo, sono stati esaminati i rapporti dei panel e dell'Organo di appello al fine di chiarire se il diritto internazionale fosse stato utilizzato per interpretare oppure integrare il diritto OMC. Infine, si è cercato di valutare perché il diritto internazionale è stato o non è stato applicato e se il diritto dell'OMC ha o avrebbe beneficiato del ricorso a tale fonte.

Il valore attribuito alle scelte operate dai panel ed Organo di appello in materia di interpretazione ed integrazione delle norme OMC muta in funzione del contesto. Talvolta, i rapporti dei panel ed Organo di appello sono citati a titolo probante, talvolta sono menzionati per mettere in luce le ambiguità ed incertezze delle norme e della giurisprudenza OMC. In ogni caso, l'assenza di riferimenti al diritto internazionale da parte di panel ed Organo di appello non sempre costituisce un indice determinante dell'impermeabilità del diritto OMC nei confronti del diritto internazionale. In effetti, panel ed Organo di appello godono di un'ampia discrezionalità nella scelta del diritto applicabile per risolvere una controversia. L'unica circostanza in cui è possibile attribuire un valore giuridico significativo alla mancata applicazione di norme internazionali corrisponde all'ipotesi in cui una delle due parti alla controversia abbia invocato a titolo principale un diritto ad essa conferito dal diritto internazionale e panel ed Organo di appello non abbiano dato seguito alla sua richiesta.

Tenuto conto che la prassi OMC non sempre ha un valore univoco, risulta difficile seguire un approccio esclusivamente induttivo per dimostrare i vantaggi derivanti dall'uso del concetto di ordinamento giuridico rispetto agli altri modelli proposti dalla dottrina. In effetti, vi sono numerose aree in cui mancano dati oggettivi per descrivere le modalità d'interazione fra i due diritti. Di qui la scelta di seguire in tali circostanze un approccio deduttivo, in modo tale da mettere in luce i benefici normativi potenziali derivanti dall'applicazione del principio di competenza per disciplinare i rapporti fra diritto OMC e diritto internazionale generale. Quest'impostazione non pare arbitraria se si tiene conto che anche gli altri concetti che s'intende criticare si scontrano con la medesima difficoltà e che comunque i limiti principali degli altri modelli vengono messi

in evidenza facendo leva su casi in cui la giurisprudenza OMC offre indicazioni oggettive significative.

L'ordine degli argomenti scelto per l'esame dei rapporti fra diritto internazionale e diritto OMC in materia di responsabilità corrisponde a quello seguito dalla CDI nel suo testo di codificazione. Tale soluzione, in effetti, permette di sviluppare il tema della responsabilità in modo chiaro e lineare.

Per quanto riguarda l'origine della responsabilità, l'analisi dei rapporti dei panel e dell'Organo di appello in materia d'imputazione (elemento soggettivo) ed individuazione (elemento oggettivo) dell'illecito, da un lato, ha rivelato l'assenza pressoché assoluta di rinvii espliciti od impliciti al diritto internazionale, dall'altro, ha messo in luce l'esistenza di numerose carenze giuridiche del diritto OMC in materia. Di qui la scelta di privilegiare nel capitolo secondo e terzo della tesi, un approccio deduttivo, finalizzato soprattutto ad evidenziare i benefici *potenziali* derivanti dall'applicazione, a titolo sussidiario del diritto internazionale generale.

In questa prima parte della ricerca, i vantaggi analitici offerti dal modello teorico elaborato nel primo capitolo non sono apprezzabili. Il ricorso al diritto internazionale, in questo contesto, in effetti, può essere giustificato facendo leva sul principio di competenza così come sul principio di specialità.

Il valore aggiunto derivante dall'utilizzazione del concetto di ordinamento giuridico rispetto a quello di regime speciale, emerge, tuttavia, con tutta evidenza nel capitolo IV allorché viene esaminato il contenuto della responsabilità. L'obbligo internazionale di riparazione dei danni derivanti dalla violazione delle norme OMC, che dovrebbe gravare a carico delle parti contraenti, qualora il diritto dell'OMC non fosse altro che un regime speciale del diritto internazionale, in effetti, non è stato mai fatto valere da panel ed Organo di appello che finora si sono limitati a raccomandare alla parte responsabile esclusivamente i rimedi funzionali all'esecuzione prospettiva delle norme OMC.

La scelta di applicare in modo selettivo il diritto internazionale della responsabilità può essere giustificata solo considerando il diritto OMC un ordinamento particolare dell'ordinamento internazionale. In effetti, se si assimila il diritto dell'OMC ad un ordinamento particolare, le norme dell'ordinamento internazionale generale potranno spiegare i propri effetti giuridici al suo interno solo a condizione di essere funzionali a tutelare gli interessi per i quali l'OMC è stata istituita. Tenuto conto che l'istituto internazionale della riparazione non soddisfa tale esigenza, anzi rischia di destabilizzare

notevolmente l'ordinamento OMC, è possibile giustificare giuridicamente la sua mancata applicazione, facendo leva sul principio di competenza.

I vantaggi analitici derivanti dal ricorso al concetto di ordinamento giuridico particolare rispetto al concetto di *primary norm remedy system* sono messi in luce nell'ultimo capitolo dedicato all'attuazione della responsabilità. In effetti, la prassi in materia di sospensione delle concessioni commerciali offre esempi significativi di decisioni arbitrali in cui alcune norme sostanziali sulle contromisure disciplinate nel capitolo II della parte III del testo della CDI sono state invocate esplicitamente ed applicate per integrare le lacune delle corrispondenti norme OMC. Il ricorso a norme secondarie internazionali in circostanze ordinarie diverse dal fallimento strutturale del sistema OMC dimostra l'utilità del concetto di ordinamento giuridico che permette di ricorrere, in casi estremi, ai meccanismi internazionali di autotutela individuale, così come, in circostanze *ordinarie*, alle norme sostanziali sulla responsabilità internazionale.

Concludendo, questa tesi vuole essere un contributo all'ampio dibattito sulla proliferazione di regimi giuridici internazionali e la corrispondente frammentazione del diritto internazionale. Il modello teorico incentrato sulla nozione di ordinamento giuridico elaborato nel primo capitolo, in effetti, è suscettibile di essere applicato non solo al diritto dell'OMC, ma anche ad altri diritti derivati dal diritto internazionale dotati di norme primarie e norme secondarie di riconoscimento, di cambiamento e di giudizio, ovvero a quei regimi che costituiscono, in virtù del loro livello avanzato d'istituzionalizzazione, la principale minaccia di disgregazione per il diritto internazionale generale. L'impostazione suggerita nella tesi, nonostante protegga la specificità dei diritti derivati, non intende assolutamente collocarsi nel solco dottrinale, inaugurato da Ripaghen, teso a valorizzare gli elementi di chiusura ed impermeabilità dei regimi che lui stesso definisce *autosufficienti* rispetto al diritto internazionale³⁴. Al contrario, la scelta di elaborare il concetto di ordinamento giuridico particolare, è nata dall'esigenza di fare salva, in via di principio, l'idea, propria della nozione di regime speciale, di appartenenza del diritto OMC al diritto internazionale, e di conciliarla con una prassi che non sempre tratta le norme internazionali generali come fonti generali facenti parte *automaticamente* del diritto del commercio internazionale.

La decisione di chiarire questo problema teorico attraverso l'analisi dei rapporti concretamente esistenti fra diritto OMC e diritto internazionale in materia di

³⁴ Per un'illustrazione dell'impostazione seguita da Ripaghen per descrivere i rapporti fra diritti derivati dal diritto internazionale e diritto internazionale generale, vedi, *infra*, la prima sezione del primo capitolo.

responsabilità, inoltre, si è rivelata estremamente proficua in quanto ha permesso di offrire una presentazione unitaria delle caratteristiche di tale istituto nel quadro dell'OMC (colmando così, una lacuna della dottrina in materia³⁵) e di delineare in una prospettiva dinamica i vantaggi che diritto OMC e diritto internazionale potrebbero trarre da un'interazione reciproca in quest'ambito.

³⁵ Finora, la dottrina si è concentrata soprattutto sulle caratteristiche istituzionali e procedurali del sistema di soluzione delle controversie, mentre non è stato ancora condotto uno studio sistematico sulle caratteristiche sostanziali della responsabilità degli Stati per violazione delle norme OMC. Alcuni autori hanno esaminato aspetti isolati, quali l'attribuzione dell'illecito (vedi, S. M. VILLALPANDO, *Attribution of conduct to the State : how the rules of State responsibility may be applied within the WTO Dispute settlement system*, *Journal of International Economic Law*, 2002, pp.393-420) oppure i rimedi disponibili nell'ipotesi di violazione delle norme OMC (vedi, *infra*, nota 10) ma nessuno ha trattato questi singoli elementi all'interno di una cornice generale.

CAPITOLO I

IL DIRITTO INTERNAZIONALE GENERALE E IL DIRITTO DELL'ORGANIZZAZIONE MONDIALE DEL COMMERCIO

La tendenza alla diversificazione, specializzazione, istituzionalizzazione e regionalizzazione del diritto internazionale¹ è un processo estremamente complesso che presenta molte variabili e che si presta ad essere esaminato ed interpretato attraverso chiavi di lettura diverse. Una parte assai qualificata della dottrina ha focalizzato l'attenzione sulle implicazioni costituzionali legate alla frammentazione del diritto internazionale e alla formazione di nuovi regimi giuridici internazionali o sovranazionali². Un'altra parte della dottrina ha esaminato questa fioritura di ordinamenti giuridici rapportandola al fenomeno della globalizzazione economica³. Infine, un terzo

¹ Si veda a tale proposito P.-M.DUPUY, *Le maintien ou la disparition de l'unité du système juridique international*, in R.BEN ACHOUR e S. LAGHMANI (sous la direction de), *Harmonie et contradictions en droit international*, colloque du 11-12-13 avril 1996 à la faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, Pedone, Paris, 1996, pp. 17-55.

² In particolare uno degli aspetti più esaminati è quello del processo di costituzionalizzazione di alcune organizzazioni internazionali (come l'Unione europea e l'Organizzazione mondiale del commercio) che pur avendo un "pedigree" statale, rivendicano un'autorità normativa indipendente e talvolta sovraordinata rispetto alle autorità statali che le hanno create. Le relazioni fra i diversi regimi giuridici (internazionale, commerciale e comunitario) sono analizzate in termini di rapporti fra sistemi politici, ovvero fra autorità titolari di poteri normativi sovrani. La struttura giuridica internazionale viene considerata una semplice appendice di quelle nazionali. Il sistema di relazioni internazionali affermatosi in seguito alla pace di Westfalia si configura in questo senso come «one-dimensional order of legal authority» (vedi N.WALKER, *The EU and the WTO: Constitutionalism in a New Key*, in G. DE BURCA e J.SCOTT (edited by) *The EU and the WTO. Legal and Constitutional Issues*, Hart, Oxford-Portland Oregon, 2001, p. 36). L'affermazione in seno alla Comunità internazionale di enti internazionali che esercitano un'autorità normativa concorrente rispetto a quella statale trasforma il modello di relazioni internazionali da monodimensionale a multidimensionale e la dialettica fra ordinamenti giuridici si traduce in un'interazione fra «state constitutional sites and constitutionalism on the one hand, and non-state metaconstitutional sites on the other» (vedi N.WALKER, *cit.*, p. 36).

La letteratura che esamina l'evoluzione dell'ordinamento comunitario nonché dell'Organizzazione mondiale del commercio in chiave costituzionale è molto vasta, si veda a titolo d'esempio, P.CRAIG, *Constitutions, Constitutionalism and the European Union*, in *European Law Journal*, 2001, pp. 125-150, R.A.WESSEL, *The Multi-Level Constitution of European Foreign Relations*, Paper presentato al Convegno *The Emerging Constitution of the European Union*, EUI, Firenze, 19-20 aprile 2002, pp. 1-35, J.H.H. WEILER, *The Constitution of Europe: "Do the New Clothes Have an Emperor?" And Other Essays on European Integration*, CUP, Cambridge, 1999, D. Z. CASS, *The "Constitutionalization of International Trade Law: Judicial Norm-Generation as the Engine of Constitutional Development in International Trade*, in *European Journal of International Law*, 2001, pp. 39-75, C.U.SCHMID, *A Theoretical Reconstruction of WTO Constitutionalism and Its Implications for the Relationship with the EU*, EUI Working Paper Law, No. 2001/5, pp. 1-29, G. DE BURCA e J.SCOTT (edited by), *The EU and the WTO, Legal and Constitutional Issues*, *cit.*, 2001 e in particolare i contributi di N.WALKER, *The EU and the WTO: Constitutionalism in a New Key*, *cit.*, pp. 31-58, P.HOLMES, *The WTO and the EU: Some Constitutional Comparisons*, pp. 59-80, E.-U. PETERSMANN, *European and International Constitutional Law: Time for Promoting "Cosmopolitan Democracy" in the WTO*, pp. 81-110.

³ Francis Snyder, ad esempio, ha considerato l'insieme dei regimi giuridici che governano le relazioni internazionali come «a new form of global legal pluralism» (vedi F.SNYDER, *Governing Economic Globalisation: Global Legal Pluralism and European Law*, in *European Law Review*, 1999, p. 335). Esso si articola in una serie di "siti" (diritto comunitario, i diritti nazionali, il diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio, le convenzioni internazionali) che «are not isolated from each other, each has its

gruppo di autori ha analizzato la proliferazione di regimi giuridici internazionali attraverso le lenti del diritto internazionale. In particolare, coloro che hanno privilegiato quest'ultima prospettiva, si sono interrogati sugli effetti di tale fenomeno sull'unità dell'ordinamento internazionale ed hanno elaborato alcuni modelli interpretativi per chiarire il ruolo che quest'ultimo può svolgere nei regimi da esso derivati⁴.

Il diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio è stato uno dei banchi di prova principali delle teorie volte a sancire l'esistenza *sic et simpliciter* di un unico ordine internazionale così come di concezioni "atomizzate" del diritto internazionale. Il diritto della responsabilità a sua volta è stato uno dei primi rami del diritto internazionale generale a dover prendere atto dell'esistenza di una pluralità di sottosistemi giuridici internazionali. I rapporti fra diritto dell'OMC e diritto internazionale generale in materia di responsabilità costituiscono quindi il terreno ideale per esaminare il fenomeno della frammentazione o viceversa dell'unità dell'ordinamento internazionale.

Molti autori hanno già affrontato questo tema, alcuni focalizzando proprio l'attenzione sul diritto della responsabilità⁵, altri esaminando in modo sistematico i rapporti fra diritto OMC e diritto internazionale generale e convenzionale⁶. Se l'approccio di fondo, che consiste nell'affermare l'apertura del diritto dell'OMC alle norme internazionali, è condivisibile, non lo sono altrettanto le premesse teoriche.

Lo scopo di questo capitolo consiste nell'elaborare un modello interpretativo alternativo che possa descrivere in modo soddisfacente la funzione che il diritto internazionale generale riveste nel quadro dell'Organizzazione mondiale del commercio

Il capitolo si articola in tre sezioni. La prima sezione consiste in un'analisi critica dei principali concetti che sono stati elaborati dalla dottrina per descrivere la relazione fra diritto internazionale e diritti derivati. Nella seconda viene proposta una chiave di lettura nuova, operando una sintesi dei contributi dottrinali presentati e superandone i limiti.

own history, internal dynamics, and distinctive features» (vedi F.SNYDER, *cit.*, p.334) Il fenomeno della globalizzazione economica risulta così «totally governed by the totality of strategically determined, situationally specific, and often episodic conjunctions of a multiplicity of sites throughout the world» (vedi F.SNYDER, *cit.*, p.371).

⁴ Vedi in particolare, B.SIMMA, *Self-contained regimes*, in *Netherlands Yearbook of International Law*, 1985, pp. 111-136, L.A.N.M.BARNHOORN e K.C.WELLENS (edited by), *Diversity in Secondary Rules and the Unity of International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1995, A.MARSCHIK, *Subsysteme im Völkerrecht : ist die Europäische Union ein "Self-Contained Regime"?*, Duncker & Humblot, Berlin, 1997.

⁵ M.GARCIA-RUBIO, *On the application of Customary Rules of State Responsibility by the WTO Dispute Settlement Organs*, Graduate Institute of International Studies, Geneva, 2001.

⁶ J. PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

Infine nell'ultima sezione, il concetto di ordinamento particolare elaborato nella sezione precedente viene applicato al diritto dell'OMC.

Sezione I

La relazione fra diritto internazionale e diritti da esso derivati: quattro variazioni sul tema

Il problema del rapporto fra diritto pubblico internazionale e diritti da esso derivati affonda le sue radici nei lavori della Commissione di diritto internazionale (CDI) sulla responsabilità degli Stati.

Investita del compito di codificare le regole che disciplinano la responsabilità degli Stati per violazione di una qualunque norma di diritto internazionale, la CDI, si è trovata di fronte una prassi statale disparata. L'eterogeneità delle fattispecie esaminate l'ha obbligata ad interrogarsi sull'esistenza effettiva nel diritto internazionale, di un insieme di regole sulla responsabilità statale avente portata generale, che prescindesse dal contenuto delle norme violate.

Nonostante la scelta del Relatore speciale Roberto Ago di concepire l'istituto della responsabilità internazionale in modo unitario, la CDI ha conosciuto, nel corso degli anni Ottanta, una fase d'involuzione, durante la quale ha relegato il complesso di regole da essa elaborato al rango di norme residuali. L'approccio proposto dall'allora Relatore speciale Ripaghen, pur essendo foriero di una visione frammentata del diritto internazionale, ha comunque avuto il merito di mettere in luce le specificità dei diversi campi in cui si dirama la disciplina, dando così l'impulso per avviare una riflessione sistematica sul rapporto fra diritto internazionale e diritti da esso derivati.

In questa sezione, verranno riproposte in modo critico le diverse letture che sono state avanzate dalla dottrina su questo tema, raggruppandole in quattro famiglie che ruotano intorno a quattro concetti: il concetto di *self-contained regime*, di sottosistema aperto, di *primary norm remedy system* e di regime speciale.

1.1. Il concetto di *self-contained regime*

Il concetto di *self-contained regime* fa riferimento ad un sistema non solo autosufficiente, ma addirittura chiuso in sé stesso. Se applicata al diritto internazionale e ai diritti da esso derivati, tale nozione comporta la negazione di una qualunque relazione fra il primo e i secondi⁷. Si potrebbe sospettare che ad aver promosso una visione così

⁷ I regimi cosiddetti *self-contained* sono stati descritti da Pierre-Marie Dupuy come delle « sortes de monades normatives indépendantes les unes des autres, dont chacune, flottant dans un éther juridique sans

nebulizzata del diritto internazionale, sia stata una corrente scientifica scettica nei confronti nell'esistenza di norme che possano effettivamente disciplinare le relazioni internazionali. In realtà, è stato l'organo deputato per eccellenza alla codificazione e allo sviluppo progressivo del diritto internazionale, ovvero la Commissione di diritto internazionale, ad aver avanzato, per la prima volta, questa tesi. Investito del compito di individuare le regole della seconda parte del progetto sulla responsabilità degli Stati che disciplinano le conseguenze dell'illecito, il relatore speciale Willem Riphagen, ha constatato l'assenza di un sistema di norme secondarie uniforme ed è giunto alla conclusione che «international law as it stands today is not modelled on one system only, but on a variety of interrelated subsystems, within each of which the so-called "primary rules" and the so-called "secondary rules" are closely intertwined-indeed, inseparable»⁸. Riphagen utilizza il termine "subsystem" e non quello di *self-contained regime*, perché ritiene che in determinati casi ci possano essere delle interazioni, non tanto fra il sistema derivato ed il diritto internazionale, ma quanto fra gli stessi sottosistemi⁹. Considerazione questa che, come lo stesso relatore sottolinea, «will get ever further away from the unitary concept of international obligation»¹⁰. Anche la possibilità di contatti fra i sottosistemi è comunque ammessa da Riphagen con una certa cautela. Secondo il relatore, in effetti, ogni sottosistema che risulti dotato di norme primarie e di norme secondarie «is, in principle, *self-contained*, in the sense that it cannot be overruled by situations and considerations belonging to another subsystem (corsivo aggiunto)»¹¹. Solo qualora il sottosistema nel suo complesso fallisca, «a fall-back on another subsystem may be unavoidable»¹².

Se il diritto internazionale come sistema unitario di norme non esiste, ma esistono solamente dei sottosistemi parzialmente collegati fra di loro, la missione della CDI, investita del compito di codificare le norme che disciplinano la responsabilità

structure ni substance, n'obéirait qu'à son propre régime». Vedi P.-M.DUPUY, *L'unité de l'ordre juridique international*, R.C.A.D.I., cit., p. 431.

⁸ *Third Report on the Content, Forms and Degrees of International Responsibility (part 2 of the draft articles) by Mr. Willem Riphagen, Special Rapporteur*, Doc. A/CN.4/354 e Add. 1 e 2, in *Yearbook of the International Commission*, 1982, vol II, part one, p.28, par. 35.

⁹ «It must be realized that in a given situation more than one subsystem of interlinked primary and secondary rules may apply. This, then, requires a determination of the interrelationship between those subsystems», *Third Report on the Content, Forms and Degrees of International Responsibility (part 2 of the draft articles) by Mr. Willem Riphagen, Special Rapporteur*, Doc. A/CN.4/354 e Add. 1 e 2, in *Yearbook of the International Commission*, 1982, vol. II, Part one, p. 28, par. 38.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ *Third Report on the Content, Forms and Degrees of International Responsibility (part 2 of the draft articles) by Mr. Willem Riphagen, Special Rapporteur*, Doc. A/CN.4/354 e Add. 1 e 2, in *Yearbook of the International Commission*, 1982, vol. II, Part one, p. 30, par. 54.

¹² *Ibidem*.

internazionale degli Stati, diventa estremamente ardua. Essa finisce per tradursi in un'operazione tassonomica di classificazione di tutte le norme primarie vigenti nelle relazioni internazionali e delle corrispondenti norme secondarie. Riphagen ne è consapevole¹³ e tenta di semplificare il quadro catalogando i sottosistemi in tre gruppi alla luce delle loro funzioni : «a) rules of international law the purpose of which is to keep the States apart; b) rules which reflect the idea of a sharing between States of a common substratum ; c) rules which organize a parallel exercise of sovereignty in respect of certain international situations»¹⁴. Nonostante tale classificazione, il relatore giunge alla conclusione che la seconda parte del progetto non può disciplinare in modo esaustivo le conseguenze di «any and every breach of any and every international obligation»¹⁵ e suggerisce di considerare gli articoli della parte seconda del progetto «no more that rebuttable presumptions as to the legal consequences of internationally wrongful acts»¹⁶.

Questa soluzione ha suscitato naturalmente reazioni negative in seno alla Commissione di diritto internazionale dal momento che tutto il lavoro in materia di responsabilità svolto precedentemente finiva per essere messo in discussione. Paul Reuter, in particolare, esprime delle forti riserve, sull'approccio proposto dal Relatore speciale, non solo perché accettare tale prospettiva equivale a derubricare l'attività svolta per anni dalla Commissione nel corso della redazione della prima parte del progetto, ma anche perché dal punto di vista concettuale, «the statement of special rules, (...) necessarily (imply) general rules, under which they (are) grouped¹⁷». In altri termini, anche qualora si ammetta che il diritto internazionale sia frantumato in una serie di sottosistemi, sarebbe comunque necessario ipotizzare l'esistenza di un metasistema destinato a disciplinare la

¹³ «Under those circumstances, there is no escape from a categorization of primary rules for the purpose of determining the legal consequences of their breach, and from formulating different sets of legal consequences for each category of primary rules». Vedi *Third Report on the Content, Forms and Degrees of International Responsibility (part 2 of the draft articles) by Mr. Willem Riphagen, Special Rapporteur*, Doc. A/CN.4/354 e Add. 1 e 2, in *Yearbook of the International Commission*, 1982, vol. II, Part one, p. 28, par. 38.

¹⁴ *Third Report on the Content, Forms and Degrees of International Responsibility (part 2 of the draft articles) by Mr. Willem Riphagen, Special Rapporteur*, Doc. A/CN.4/354 e Add. 1 e 2, in *Yearbook of the International Commission*, 1982, vol. II, Part one, p. 28, par. 39.

¹⁵ *Third Report on the Content, Forms and Degrees of International Responsibility (part 2 of the draft articles) by Mr. Willem Riphagen, Special Rapporteur*, Doc. A/CN.4/354 e Add. 1 e 2, in *Yearbook of the International Commission*, 1982, vol. II, Part one, p. 31, par. 55.

¹⁶ *Third Report on the Content, Forms and Degrees of International Responsibility (part 2 of the draft articles) by Mr. Willem Riphagen, Special Rapporteur*, Doc. A/CN.4/354 e Add. 1 e 2, in *Yearbook of the International Commission*, 1982, vol. II, Part one, p. 31, par. 57.

¹⁷ *Yearbook of International Law Commission*, 1981, vol. I, 1670th meeting, p. 141, par. 3.

relazione fra questi sottosistemi¹⁸. Il relatore speciale Riphagen, nonostante utilizzi a più riprese il concetto di sottosistema, che per definizione presuppone l'esistenza di un sistema, non s'interroga sulla collocazione giuridica da dare alle norme che disciplinano la nascita, l'estinzione e il coordinamento fra sottosistemi.

L'assenza di una riflessione strutturata sui rapporti fra sistema e sottosistemi e fra sottosistemi non è imputabile ad una carenza intellettuale, ma è piuttosto ascrivibile all'impostazione metodologica seguita dal relatore. Riphagen, in effetti, anziché collocarsi nel solco della tradizione positivista, che per descrivere il diritto ricorre costantemente al concetto di ordinamento, inteso come complesso sistematico di norme¹⁹, privilegia un approccio che lui stesso definisce metagiuridico, fondato su tecniche mutate dalla matematica e dalla fisica, al fine di dimostrare che esiste una stretta analogia fra l'universo fisico e quello giuridico²⁰. A prescindere dalla capacità della teoria proposta da Riphagen di descrivere in modo veritiero il fenomeno giuridico²¹, questo dato è importante, dal momento che incrina l'assunto positivista in base al quale la caratteristica fondante ogni sistema di norme è la sua unità formale, che, secondo il normativismo tedesco ed italiano, riguarda il modo in cui le norme sono poste, e secondo il filone analitico inglese, anche il modo in cui le norme sono trasformate ed applicate.

A tale proposito è interessante notare che Riphagen, allorché definisce i sottosistemi, sottolinea che sono «an ordered set of conduct rules, procedural rules and status provisions, which formed a closed legal circuit for a particular field of factual relationship»²². Il relatore speciale, in altri termini, si limita a classificare i sottosistemi usando un parametro materiale e non formale²³. Riphagen, quindi, nonostante ricorra

¹⁸ Tale critica è ripresa da Axel Marschik per contestare la qualificazione dell'ordinamento comunitario come un *self-contained regime*: «if it were accepted that the EC is not a subsystem of international law but a different legal system, the relationship between the EC and international law would have to be regulated by a meta-system, a legal system on a higher plane, in relation to which both Community law and international law would be subsystems. This would unnecessarily complicate the situation and would be difficult to prove», A. MARSCHIK, *Too Much Order? The Impact of Special Secondary Norms on the Unity and Efficacy of the International Legal System*, in *European Journal of International Law*, 1998, p. 232.

¹⁹ Norberto Bobbio nel suo corso di filosofia del diritto sottolinea come uno dei contributi più originali del positivismo giuridico alla teoria generale del diritto è proprio la teoria dell'ordinamento giuridico, vedi N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 1979, p. 231.

²⁰ W. RIPHAGEN, *Techniques of International Law*, R.C.A.D.I., vol. 246, 1994, p. 248.

²¹ Come sottolinea Norberto Bobbio, «se si prende in esame la teoria (...), la critica si fonda su un giudizio di verità o di falsità, in quanto la teoria vuole descrivere la realtà, e quindi la sua valutazione consiste nel verificare se c'è corrispondenza fra teoria e realtà», N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, cit., p. 282.

²² *Yearbook of the International Law Commission*, 1982, vol. I, 1731st meeting, par. 16.

²³ Riphagen classifica i sottosistemi in base alle peculiarità delle loro norme primarie e da esse deduce automaticamente, senza dimostrarlo, delle differenze, sul piano delle norme secondarie: «It would seem, therefore, that even in the realm of universal customary international law, there are different sets of obligations of States, fulfilling different functions. It is submitted that this difference in primary rules

alla nozione di sottosistema, non intende riferirsi con quest'espressione ad un insieme di norme strutturato in modo unitario in cui opera uno criterio regolatore²⁴ che determina la *reductio ad unum* del complesso di regole che lo compongono. Quello che Ripaghen definisce sottosistema, in realtà, è un insieme di norme primarie che disciplinano un settore materiale specifico del sistema diritto internazionale. Esse, in virtù della loro interconnessione contenutistica, possono dare luogo, se violate, a delle conseguenze particolari, che, a loro volta, sono riconducibili a delle norme secondarie vigenti nel sistema del diritto internazionale. Questi campi o settori del diritto internazionale, pur presentando una loro specificità sul piano materiale, continuano a fare parte dell'ordinamento internazionale, in quanto non possiedono un criterio ordinatore autonomo sul piano formale.

Tale interpretazione è confermata da alcuni casi concreti individuati dal Relatore per esemplificare la nozione di sottosistema. In particolare, uno dei sottosistemi menzionato da Ripaghen è la norma di diritto internazionale che vieta la minaccia o l'uso della forza contro l'integrità territoriale o l'indipendenza politica di un altro Stato²⁵. Essa può comportare il ricorso al rimedio specifico della legittima difesa individuale o collettiva e l'attivazione del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, conformemente al Capitolo VII della Carta di San Francisco, ma non esclude l'applicazione concorrente delle conseguenze tradizionali derivanti da un illecito internazionale quale l'obbligo di cessazione e di *restitutio in integrum*. Un'altro sottosistema citato da Ripaghen è il diritto diplomatico e consolare. A tale proposito, il relatore, per dimostrare che le uniche conseguenze derivanti da un illecito in questo settore sono l'estinzione o sospensione parziale o totale delle relazioni diplomatiche, richiama un passaggio della sentenza della Corte internazionale di giustizia relativa al personale diplomatico e consolare degli Stati-

cannot but influence the content of the applicable secondary rules», *Third Report on the Content, Forms and Degrees of International Responsibility (part 2 of the draft articles) by Mr. Willem Riphagen, Special Rapporteur*, Doc. A/CN.4/354 e Add. 1 e 2, in *Yearbook of the International Commission*, 1982, vol. II, Part one, p. 30, par. 49.

²⁴ Nel linguaggio kelseniano il criterio regolatore si chiama norma fondamentale (*Grundnorm*) ovvero la norma, la cui validità non può essere derivata da una norma superiore, che consente di realizzare il passaggio da una molteplicità disordinata di norme ad un insieme ordinato (vedi H.KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, traduzione italiana dall'inglese di Sergio Cotta e Giuseppino Treves, Comunità, Milano, 1959, p. 112). Nel linguaggio hartiano, il criterio regolatore si chiama norma di riconoscimento che dal punto di vista interno dell'ordinamento corrisponde alla norma fondamentale di Kelsen, e dal punto di vista esterno al principio di effettività in base al quale sia le norme primarie che impongono obblighi di comportamento che le norme secondarie che attribuiscono poteri sono generalmente osservate (vedi H.HART, *Il concetto di diritto*, Introduzione e traduzione di Mario Cattaneo, Einaudi, Torino, 1965, pp. 137-138).

²⁵ Vedi, a tale proposito, i par. 40-41 del *Third Report on the Content, Forms and Degrees of International Responsibility (part 2 of the draft articles) by Mr. Willem Riphagen, Special Rapporteur*, Doc. A/CN.4/354 e Add. 1 e 2, in *Yearbook of the International Commission*, 1982, vol. II, Part one, p. 28.

Uniti a Teheran²⁶. Come è già stato chiarito dalla dottrina, tale giurisprudenza non è stata interpretata correttamente da Ripaghen. In effetti, la Corte dichiarando che «the rules of diplomatic law (...) constitute a self-contained regime»²⁷ non ha voluto sancire la chiusura dal diritto diplomatico rispetto alle conseguenze previste dal diritto internazionale generale, quanto sottolineare che gli strumenti che il diritto diplomatico offriva allo Stato leso per reagire ad un abuso di funzioni diplomatiche da parte dello Stato accreditante erano, nel caso di specie, sufficienti²⁸.

In generale, sia le norme di *ius cogens*, fra le quali si può annoverare il divieto dell'uso della forza nelle relazioni internazionali, che il diritto diplomatico e consolare, non sono altro che insiemi di regole che disciplinano un settore materiale specifico del diritto internazionale, ma che non costituiscono di per sé un sistema a sé stante rispetto al diritto internazionale. In effetti, le modalità di formazione, trasformazione ed applicazione del diritto in questi due campi specifici continuano ad essere quelle proprie del diritto internazionale²⁹. Ripaghen, quindi, pur ricorrendo alla nozione di *self-contained regime* per sgretolare il diritto internazionale generale in una serie di sottosistemi chiusi, di fatto si riferisce a dei *settori speciali* di diritto internazionale. Quest'ultimi non sono sistemi di norme impermeabili al diritto internazionale poiché non costituiscono neppure *sistemi* autonomi di norme, ma regimi speciali che continuano a fare parte dell'ordinamento internazionale.

La dottrina si è comunque interrogata sulla possibilità di utilizzare il concetto di *self-contained regime* per descrivere effettivamente un sistema strutturato di norme *completamente* autonomo rispetto al diritto internazionale. Oltre a rilevare l'assenza nella

²⁶ «It is significant to recall here that the corpus of rules of diplomatic law is considered by the International Court of Justice to be a self-contained regime, thus that the breach of an obligation in this field by the sending State can be countered only by what is in essence a partial (declaration of *persona non grata*) or total (breaking off of diplomatic relations) termination or suspension of the relationship, comparable to the *exceptio non adimpleti contractus* in the law of treaties», *Third Report on the Content, Forms and Degrees of International Responsibility (part 2 of the draft articles)* by Mr. Willem Ripaghen, *Special Rapporteur*, Doc. A/CN.4/354 e Add. 1 e 2, in *Yearbook of the International Commission*, 1982, vol. II, Part one, p. 29, par. 47.

²⁷ *I.C.J. Reports 1980, United States Diplomatic and Consular Staff in Teheran*, p.40, par. 86.

²⁸ Come sottolinea Pierre-Marie Dupuy, «la Cour n'a pas entendu ériger cette branche du droit international, qui compte historiquement parmi les plus anciennement enracinées dans la pratique coutumière des Etats, en un corps de droit spécial, clos sur lui-même, et sans rapports avec les autres règles du droit international général, notamment celles gouvernant le droit de la responsabilité internationale des Etats. (...)La Cour a voulu insister sur la suffisance, mais non la fermeture, encore moins sur l'exclusivité, au demeurant l'une et l'autre parfaitement mythiques, des règles du droit diplomatique à l'égard de celles du droit international général de la responsabilité», P.-M.DUPUY, *L'unité de l'ordre juridique international*, *R.C.A.D.I.*, cit., p. 433.

²⁹ Le peculiarità materiali di questi settori possono alterare il modo di operare concreto delle regole di creazione, mutamento e applicazione proprie del diritto internazionale, ma non escludere la loro operatività. Vedi a tale proposito A.MARSCHIK, *Subsysteme im Völkerrecht : its die Europäische Union ein "Self-Contained Regime"?*, cit., p. 149.

prassi di casi concreti che corrispondano alla definizione³⁰, essa ha messo in luce le difficoltà logiche derivanti dalla teorizzazione dell'esistenza, nel diritto internazionale, di siffatti sistemi³¹.

Tenuto conto di tali limiti, il successore di Riphagen, il relatore speciale Gaetano Arangio-Ruiz, ha deciso di mantenere il concetto di *self-contained regime*, ma di modificarne il contenuto. Secondo Arangio Ruiz, i *self-contained regimes* non sono caratterizzati dal fatto di essere completamente chiusi rispetto al diritto internazionale quanto dal fatto che «the substantive obligations they set forth are accompanied by special rules concerning the consequences of their violation»³².

La nozione di *self-contained regime* utilizzata da Arangio-Ruiz è molto più circoscritta di quella suggerita da Ripaghen, dal momento che la chiusura del sottosistema nei confronti del diritto internazionale è limitata alle sole conseguenze derivanti da un illecito. Nonostante tale delimitazione, il relatore speciale manifesta perplessità anche in merito all'ipotesi dell'esistenza di *self-contained regimes* intesi come sistemi di norme che escludano in modo definitivo l'applicazione delle conseguenze dell'illecito previste dal diritto internazionale generale. In effetti, da un lato, l'esame della prassi non consente d'individuare alcun sistema che corrisponda in concreto a tale definizione³³. Dall'altro, il concetto di *self-contained regime* mal si concilia, in astratto, con la duplice esigenza di supplire, tramite lo strumento delle contromisure, ad eventuali carenze sottosistemiche nel sanzionare l'illecito, e di subordinare l'applicazione delle conseguenze specifiche previste dal sottosistema all'osservanza di alcune norme inderogabili del diritto

³⁰ A.MARSHIK, *Subsysteme im Völkerrecht : ist die Europäische Union ein "Self-Contained Regime"?*, cit., p. 172.

³¹ Come ha sottolineato A.Marschik, l'esistenza di regimi completamente staccati dal diritto internazionale generale non è dimostrabile neppure in astratto. In effetti, i *self-contained regimes*, come tutti i sistemi derivati dal diritto internazionale, mantengono necessariamente un legame con quest'ultimo, che continua ad operare nel regime, quale fondamento di validità dell'insieme di norme primarie e secondarie che lo compongono, A.MARSHIK, *Subsysteme im Völkerrecht : ist die Europäische Union ein "Self-Contained Regime"?*, cit., p. 173.

³² *Fourth Report on State Responsibility by Mr. Gaetano Arangio-Ruiz, Special Rapporteur*, Doc. A/CN.4/444 and Add. 1-3, *Yearbook of the International Law Commission*, 1992, vol. II, Part One, p. 35, par. 97. Tale nozione corrisponde a quella proposta da Bruno Simma, secondo il quale «the concept of a « self-contained regime » should not be used as a synonym of « subsystem », but be reserved to designate a certain category of subsystems, namely those embracing, in principle, a full (exhaustive and definite) set of secondary rules. A « self-contained regime » would then be a subsystem which is intended to exclude more or less totally the application of the general legal consequences of wrongful acts, in particular the application of the countermeasures normally at the disposal of an injured party», vedi B.SIMMA, *Self-contained regimes*, cit., p. 117.

³³ Arangio-Ruiz prende in esame quattro sottosistemi: il diritto comunitario, il diritto diplomatico e consolare, i diritti umani e il GATT e giunge alla conclusione che «none of the supposedly self-contained regimes seems to materialize in concreto». Vedi *Fourth Report on State Responsibility by Mr. Gaetano Arangio-Ruiz, Special Rapporteur*, Doc. A/CN.4/444 and Add. 1-3, *Yearbook of the International Law Commission*, 1992, vol. II, Part One, p. 40, par. 112.

internazionale. A tale proposito, Arangio-Ruiz tratta congiuntamente la fattispecie dei settori di norme speciali sul piano materiale e quella dei sottosistemi dotati di un apparato istituzionale, sottolineando che entrambi sono caratterizzati da misure specifiche volte a migliorare la disciplina delle possibili conseguenze dell'illecito. Lo scopo può essere quello di monitorare in modo più efficace, attraverso un meccanismo *ad hoc*, la reazione ad un illecito, così come quello di evitare che l'uso degli strumenti di reazione predisposti dal diritto internazionale vanifichi la protezione dell'oggetto della norma inizialmente violata³⁴. Queste norme speciali non sono altro che deroghe contrattuali o consuetudinarie alle norme generali proprie del diritto internazionale. Le prime non escludono la validità e l'operatività delle seconde. Per questo motivo, un insieme di norme può prevedere delle conseguenze diverse da quelle generali solo a condizione che alcuni principi essenziali propri del diritto internazionale siano rispettati³⁵. Anche in questo caso, lo Stato può avvalersi comunque in ultima istanza, dello strumento delle contromisure, se i rimedi predisposti dal regime non siano efficaci. In altri termini, il relatore speciale, nel contestare la validità, dal punto di vista del diritto internazionale, del concetto di regime autosufficiente si basa su due fattori: da un parte, la constatazione che, essendo il diritto internazionale il fondamento di «any substantive rules or any more or less articulated and organized set of rules»³⁶, esso continua a svolgere il ruolo di parametro di legittimità dell'insieme di norme da esso derivate, ivi comprese le norme che disciplinano le conseguenze dell'illecito; dall'altra, l'assunto che ogni insieme di norme per essere giuridico deve essere dotato di un sistema di rimedi efficace, e che negare definitivamente la possibilità di ricorrere allo strumento internazionale delle contromisure in un sottosistema rischia di privare quest'ultimo di un importante sussidio per garantire il carattere giuridico delle norme che lo compongono.

Marschik, a sua volta, nell'esaminare in modo articolato il concetto di *self-contained regime* (che ribattezza *sottosistema chiuso*, per evidenziarne l'origine sistemica e differenziarlo dalla nozione di regime autosufficiente, inteso come insieme di norme

³⁴ *Ibidem*, p. 40, par. 112.

³⁵ «No treaty-based provisions would be admissible that would involve derogation from a) the prohibition of the use of force; b) the rule of respect for fundamental rights; c) the basic exigencies of diplomatic relations; d) other peremptory rules of general international law; e) the duty to respect the rights of «third» States; f) the principle of proportionality; or g) the rule under which the lawfulness of any unilateral measure must be assessed in the light of its ultimate legal function». Vedi *Fourth Report on State Responsibility by Mr. Gaetano Arangio-Ruiz, Special Rapporteur*, Doc. A/CN.4/444 and Add. 1-3, *Yearbook of the International Law Commission*, 1992, vol. II, Part One, p. 40, par. 112.

³⁶ *Ibidem*, p. 40, par. 112.

completamente isolate dal diritto internazionale³⁷) porta alle estreme conseguenze gli argomenti avanzati da Arangio-Ruiz e configura un'unica ipotesi in cui questa fattispecie può essere considerata legittima rispetto all'ordinamento internazionale. Secondo l'autore, i sottosistemi chiusi possono essere compatibili con il diritto internazionale solo a condizione di essere dotati di un sistema di norme secondarie in grado di ristabilire *sempre* l'equilibrio giuridico che esisteva prima della violazione. In tal caso, infatti, potrebbero essere considerati delle norme primarie inviolabili del diritto internazionale³⁸. Se, invece, i sottosistemi chiusi non sono dotati di norme secondarie efficaci, visto che non possono mai avvalersi degli strumenti predisposti dal diritto internazionale per sanzionare un illecito, non sono sistemi di diritto, ma piuttosto una forma di *soft law*³⁹. Concludendo, in questo paragrafo è stata illustrata la portata del concetto di *self-contained regime* nella sua accezione più ampia, di sistema di norme completamente isolato dal diritto internazionale, e in quella più ristretta, di sistema di regole che esclude definitivamente l'applicazione delle norme internazionali che disciplinano le conseguenze dell'illecito. In entrambi i casi è emerso che l'assenza di interazioni fra diritto internazionale e diritti da esso derivati risulta essere un'ipotesi estremamente remota. Per questo motivo, vale la pena focalizzare l'attenzione sugli insiemi di norme che, in via di principio, interagiscono con il diritto internazionale, al fine di chiarire quando, come e perché quest'ultimo può continuare ad operare nei primi.

Le diverse letture che la dottrina ha proposto per descrivere tale relazione possono essere riunite in tre categorie distinte: quella dei sottosistemi aperti, quella dei così detti *primary norm remedy systems* ed infine quella dei regimi speciali.

1.2 Il concetto di sottosistema aperto

Un sottosistema di diritto, secondo Marschik, è un sistema derivato da un sistema di diritto, dove per sistema di diritto s'intende un insieme ordinato di norme primarie e secondarie. Il diritto internazionale è un sistema ordinato di norme primarie e secondarie⁴⁰. Un sottosistema di diritto internazionale è, a sua volta, un sistema di diritto che, essendo derivato dal diritto internazionale, comprende alcune delle sue norme

³⁷ Vedi A.MARSCHIK, , *Subsysteme im Völkerrecht : ist die Europäische Union ein "Self-Contained Regime"?*, cit., p. 174.

³⁸ *Ibidem*, p. 179.

³⁹ *Ibidem*, p. 181

⁴⁰ Vedi A.MARSCHIK, cit., p.146.

primarie e secondarie. In altri termini, sia la componente primaria che la componente secondaria del sottosistema sono riconducibili a norme primarie e norme secondarie del sistema internazionale⁴¹. Per questo motivo, secondo l'autore, i sottosistemi di diritto internazionale non sono altro che categorie sistematizzate della responsabilità degli Stati basate su una classificazione delle norme primarie internazionali⁴².

Un sottosistema si definisce aperto quando non esclude l'applicazione al suo interno delle norme secondarie previste dal diritto internazionale, fermo restando la precedenza delle norme secondarie sottosistemiche risultante dal principio di specialità delle fonti di diritto.

Il concetto di sottosistema aperto presenta, secondo Marschik, alcuni limiti. In primo luogo, tenuto conto che le norme secondarie sottosistemiche non sono altro che norme secondarie speciali del diritto internazionale, un sottosistema deve dotarsi di norme secondarie comunque riconducibili a quelle generali previste dal diritto internazionale. Risulta quindi difficile inquadrare in questa categoria i casi di sottosistemi dotati di organismi istituzionalizzati che prevedono delle conseguenze derivanti da una violazione che non siano annoverabili fra le norme generali sulla responsabilità degli Stati.

In secondo luogo, se la relazione fra sottosistema e sistema risulta disciplinata dalla regola di diritto romano *lex specialis derogat legi generali*, la norma internazionale generale viene definitivamente derogata dalla norma speciale e non può più operare contestualmente, a titolo sussidiario, all'interno del sottosistema⁴³.

Il concetto di sottosistema come insieme di norme primarie e secondarie speciali rispetto al diritto internazionale è fatto proprio nella sostanza, nonostante non venga utilizzata un'etichetta specifica, anche dal relatore speciale Arangio-Ruiz, ma la portata del principio di specialità delle fonti del diritto è interpretata diversamente. La *lex specialis* in effetti è intesa da quest'ultimo più come una precisazione che come un'eccezione del diritto internazionale⁴⁴. In altri termini, le norme secondarie speciali del sottosistema hanno come scopo quello di rafforzare le garanzie previste dal diritto internazionale e

⁴¹ *Ibidem*, p. 151.

⁴² *Ibidem*, p. 152.

⁴³ *Ibidem*, pag. 152

⁴⁴ Lo stesso gruppo di studio costituito in seno alla CDI per esaminare il problema della frammentazione del diritto internazionale nel suo rapporto del 18 luglio 2003 opera tale distinzione. Si veda, a tale proposito, il par. 21 del rapporto in cui si dichiara che « Il a été convenu que la règle de la *lex specialis* pouvait jouer dans les deux contextes différents proposés par l'exposé succinct, à savoir la *lex specialis* en tant qu'élaboration ou application du droit général dans une situation particulière et la *lex specialis* en tant qu'exception au droit général », *Rapport du groupe d'étude sur la fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Commission du droit international, Cinquante-cinquième session, Genève, 5 mai-6 juin 2003 et 7 juillet-8 août 2003, A/CN.4/L.644, 18 juillet 2003, p. 8, par. 21.

non di escluderne l'operatività⁴⁵. Le norme di diritto generale non potranno operare nel sottosistema solo nell'ipotesi in cui si escluda espressamente tale possibilità e comunque, anche in tal caso, questa deroga non impedirebbe ad uno Stato leso di avvalersi dei diritti che gli spettano in base alle norme secondarie internazionali, qualora si presenti una violazione del sottosistema talmente grave, da giustificare una ricaduta nel sistema internazionale⁴⁶.

Quest'ultima lettura dei rapporti fra diritto internazionale e diritti da esso derivati, presenta, a sua volta, dei limiti. In particolare, anche se si stabilisce che le norme di diritto internazionale generale possano continuare ad operare contestualmente alle norme secondarie sottosistemiche, resta il problema di precisare il tipo di relazione esistente fra di esse. In effetti, è possibile che le conseguenze internazionali derivanti da un illecito continuino ad operare *parallelamente* a quelle previste dal sottosistema. In tal caso la violazione di una norma primaria sottosistemica attiverrebbe contemporaneamente sia le norme secondarie sistemiche che quelle sottosistemiche, producendo una reazione, molto probabilmente, non proporzionale all'illecito iniziale. In alternativa, si potrebbe configurare tale relazione in termini gerarchici, ovvero riconoscere alle norme sottosistemiche, in virtù della loro specialità, una posizione sovraordinata rispetto alle norme internazionali. Resterebbe però un autentico mistero capire quando e in che modo il diritto internazionale possa a sua volta continuare ad operare, a titolo residuale, nel sottosistema⁴⁷.

⁴⁵ « When States introduce into a treaty special rules governing the consequences of its violation, their aim is not to exclude, in their mutual relations, the rights, obligations, and *facultés* -in short, the guarantees- which each derives, vis-à-vis each of the other parties, from the normal operation of the general rules on State responsibility. On the contrary, the aim pursued is to strengthen the normal, unstructured, and sometimes unsatisfactory guarantees of general law, by making them more dependable and effective, either by means of institutional devices or, failing that, by means of more precise stipulations », *Fourth Report on State Responsibility by Mr. Gaetano Arangio-Ruiz, Special Rapporteur*, Doc. A/CN.4/444 and Add. 1-3, *Yearbook of the International Law Commission*, 1992, vol. II, Part One, p. 42, par. 124.

⁴⁶ Vedi *Fourth Report on State Responsibility by Mr. Gaetano Arangio-Ruiz, Special Rapporteur*, Doc. A/CN.4/444 and Add. 1-3, *Yearbook of the International Law Commission*, 1992, vol. II, Part One, p. 42, par. 125. Vedi anche Bruno Simma, secondo il quale « the principle that States responsible for violations of international law must face (at least) the eventuality of harmful consequences is one of the reasons why international law is true law. Therefore the exclusion or modification (...) of "normal" secondary rules which leads to a "softening" of the legal consequences of wrongful acts should not be easily presumed (...). States contract out of the general rules on the consequences of treaty violations on the expectation that these regimes will work to their mutual benefit. If the balance thus foreseen appears to them to be later destroyed, the principles of *inadimplenti non est adimplendum* or of the *clausula rebus sic stantibus* will work as strong rationales for a fall-back to the general regime », B.SIMMA, *Self-contained regimes*, cit., p. 135-136.

⁴⁷ Vedi A.MARSCHIK, *Subsysteme im Völkerrecht : ist die Europäische Union ein "Self-Contained Regime"?*, cit., p. 154.

Le difficoltà che la nozione di sottosistema aperto, inteso come somma di norme primarie e secondarie *speciales* del diritto internazionale, solleva, sono da ascrivere in ultima analisi all'incapacità di questo concetto di tenere conto della specificità del sottosistema, che consiste nel fatto di essere un ordinamento distinto rispetto al diritto internazionale, ancorché ad esso collegato. La categoria dei *primary norm remedy systems*, anche se presenta a sua volta dei limiti, cerca di porre rimedio a tale carenza.

1.3 Il concetto di *primary norm remedy system*

Il concetto di *primary norm remedy system* è molto simile a quello di sottosistema aperto. In effetti, anche il modello del *primary norm remedy system* descrive un sistema di norme primarie e secondarie, derivato dal diritto internazionale. La differenza principale rispetto alla categoria dei sottosistemi aperti è data dal fatto che le norme primarie e secondarie sottosistemiche non sono semplicemente associate le une alle altre, ma sono strutturalmente legate in modo tale da formare un'unità⁴⁸. Le norme primarie e secondarie sottosistemiche non sono necessariamente *leges speciales* del diritto internazionale. Esse possono essere create *ex novo*, a condizione di non violare le norme internazionali di *ius cogens*, per soddisfare le esigenze specifiche del sottosistema. Qualora, invece, il sottosistema attinga alle norme primarie e secondarie del diritto internazionale, tali regole acquisiscono comunque una loro specificità, in virtù del fatto che fanno parte di un sistema distinto da quello internazionale⁴⁹.

Tenuto conto dell'unità delle norme che compongono un sottosistema, esso si configura, dal punto di vista del diritto internazionale, come una norma primaria sistemica dotata di un proprio meccanismo di protezione. In base a tale modello, nell'ipotesi di violazione di una norma primaria sottosistemica si attivano solamente le norme secondarie sottosistemiche. Se il sottosistema nel suo complesso è efficace, infatti, non viene violata nessuna norma primaria sistemica. Di conseguenza le norme sulla responsabilità internazionale degli Stati non possono operare. Qualora, invece, ad essere violate siano le norme secondarie del sottosistema e la violazione sia persistente, l'incapacità del sottosistema di ripristinare la legalità determina una violazione della norma primaria sistemica. In questo caso, al fine di porre rimedio al fallimento del sottosistema nel suo

⁴⁸ *Ibidem*, p. 156.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 155.

complesso, potranno essere attivate anche le norme secondarie sistemiche⁵⁰. Grazie a questo concetto, viene eluso il problema della concorrenza fra norme secondarie sistemiche e sottosistemiche. In effetti, la relazione fra diritto internazionale e sottosistemi continua ad essere disciplinata dalla regola *lex specialis derogat legi generali*, che, però è applicata, non alle singole norme che compongono il sottosistema, ma al sottosistema nel suo complesso.

Il modello dei *primary norm remedy systems* presenta l'innegabile vantaggio di circoscrivere la discrezionalità degli Stati in merito alla possibilità di avvalersi degli strumenti di reazione all'illecito predisposti dal diritto internazionale, preservando così la specificità delle norme secondarie dei sottosistemi, soprattutto di quelli dotati di un apparato istituzionale. Inoltre, assimilando il sottosistema ad una norma primaria internazionale, esso consente di giustificare sul piano teorico la possibilità di ricaduta nel sistema internazionale. Al tempo stesso, esso risulta viziato da una sopravvalutazione della componente "istituzionale" del diritto della responsabilità che determina un'eccessiva chiusura del sottosistema rispetto al diritto internazionale.

In altri termini, il concetto di *primary norm remedy system*, circoscrivendo il fallimento di un sottosistema alla sola ipotesi di inefficacia persistente dei meccanismi di reazione all'illecito, riconosce al diritto internazionale la possibilità d'intervenire in un sottosistema solo per supplire alle sue carenze "istituzionali", legate all'attuazione della responsabilità, e non materiali, relative alla definizione dell'origine e del contenuto dell'illecito.

Questa svalutazione del ruolo sussidiario che il diritto internazionale può svolgere in qualità di fonte materiale di un sottosistema riguarda non solo le norme sostanziali del diritto della responsabilità, ma più in generale anche le norme primarie. Tale modello prende in considerazione l'esistenza di contatti fra norme materiali internazionali e sottosistemiche solo quando subordina la validità dell'intero sottosistema al rispetto delle norme internazionali di *ius cogens*. Manca, però, una riflessione sul fallimento del sottosistema derivante dalla presenza di lacune materiali, ipotesi questa che in via di principio non può essere scartata, tenuto conto che ogni sottosistema si configura come una fonte derivata e quindi non completamente autosufficiente di diritto internazionale.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 164.

1.4 Il concetto di regime speciale

L'ultimo modello suggerito dalla dottrina per interpretare i rapporti fra diritto internazionale e diritti derivati è diametralmente opposto a quello appena descritto.

Un regime speciale è formato essenzialmente da norme che, a prescindere dal loro carattere primario o secondario, presentano due minimi comuni denominatori. Il primo consiste nel fatto che appartengono al *genus* diritto internazionale in quanto il meccanismo di formazione di tali norme è il medesimo di quello previsto per le norme di diritto internazionale. Il secondo elemento che le accomuna verte sul contenuto. Esse tutelano il medesimo bene od interesse.

La relazione fra diritto internazionale e regimi speciali è disciplinata unicamente dal principio di specialità delle fonti del diritto. La regola *lex specialis derogat legi generali* viene applicata in modo restrittivo e, in base ad essa, le norme internazionali sono sempre efficaci anche nei regimi speciali, eccetto nell'ipotesi in cui quest'ultimi contemplino delle deroghe esplicite nei confronti del diritto internazionale.

Questo concetto è senz'altro utile per descrivere i rapporti fra diritto internazionale e diritti derivati se si limita la sua sfera di applicazione a determinati insiemi di regole che constano di sole norme primarie e sono del tutto privi di proprie norme secondarie⁵¹.

Alcuni autori hanno, per altro, ritenuto tale modello efficace anche per chiarire la relazione fra diritto internazionale e sottosistemi dotati di norme primarie e secondarie. In particolare, una parte della dottrina ha utilizzato questa chiave di lettura per interpretare i rapporti fra diritto internazionale e diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio. Joost Pauwelyn, ad esempio, ha definito il diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio «"just" a branch of public international law»⁵². Tale autore, mettendo l'accento sull'origine pattizia del diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio, ha assimilato l'intero sottosistema ad un insieme di norme internazionali convenzionali facenti parte dell'ordinamento internazionale. Esse possono, in quanto *lex specialis* del diritto internazionale, modificare o escludere l'applicazione nel quadro dell'OMC di determinate norme internazionali, ma, in assenza di deroghe esplicite, il diritto internazionale continua a spiegare pienamente la sua efficacia in quest'ambito⁵³.

⁵¹ Vedi A.MARSCHIK, *Subsysteme im Völkerrecht : ist die Europäische Union ein "Self-Contained Regime"?*, cit., pp. 148-149.

⁵² J.PAUWELYN, *The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?*, *American Journal of International Law*, 2001, p. 538.

⁵³ Come sottolinea l'autore, « importantly, unless the treaty contracts out of a rule of general international law, this rule is valid and also applies with respect to the newly concluded treaty (...). each new state, as

L'elemento che contribuisce a differenziare le norme dell'OMC rispetto ad altre norme di diritto internazionale è l'oggetto che esse disciplinano, ovvero i rapporti commerciali internazionali. Da questo punto di vista, secondo Pauwelyn, il diritto dell'OMC assume la connotazione di *lex generalis* rispetto al diritto internazionale generale e convenzionale⁵⁴.

Mariano Garcia-Rubio, a sua volta, considera il diritto dell'OMC, anche se non utilizza quest'espressione, un regime speciale dell'ordinamento internazionale⁵⁵. Secondo Garcia-Rubio, in effetti, il diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio fa parte dell'ordinamento internazionale e non costituisce un sistema di norme a sé stante. Per dimostrare ciò, egli ricorre al concetto di «“rationale” of a legal system»⁵⁶, inteso come fonte di legittimazione materiale e formale di un ordinamento. Dopo aver effettuato una comparazione fra diritto internazionale e diritto dell'OMC, focalizzando l'attenzione sugli interessi che essi tutelano e i meccanismi di formazione delle norme che li compongono, Garcia-Rubio giunge alla conclusione che il diritto del commercio internazionale non costituisce un ordinamento nuovo rispetto al diritto internazionale, dal momento che si basa sulle sue stesse premesse formali e materiali⁵⁷. Partendo da questa constatazione, l'autore interpreta i rapporti fra diritto internazionale e diritto dell'OMC, in materia di responsabilità, ricorrendo semplicemente alle regole che disciplinano l'interazione fra fonti del diritto⁵⁸ e, come Joost Pauwelyn, sostiene che «as WTO law is a part of international law, customary international law continues to apply as far as

well as each new treaty, is automatically born into general international law. The treaty must exclude the rules of general international law that the parties do not want to apply with respect to the treaty, not the reverse (i.e., the treaty does not have to list all such rules that are to apply to it). Just as private contracts are automatically born into a system of domestic law, so treaties are automatically born into the system of international law», J.PAUWELYN, *The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?*, cit., p. 537.

⁵⁴ «WTO forms a general and increasingly universal framework for all (or almost all) of the trade relations between states (...). In these respects, WTO trade liberalization rules are general or *lex generalis* permitting the continuation or creation of more focused or detailed rules of international law (such as certain rules on the environment, human rights, or the law of the sea, as well as on customs unions and free trade areas)», J.PAUWELYN, *The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?*, cit., p. 540.

⁵⁵ MARIANO GARCIA-RUBIO, *On the Application of Customary Rules of State Responsibility by the WTO Dispute Settlement Organs. A General International Law Perspective*, Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales, Genève, 2001.

⁵⁶ MARIANO GARCIA-RUBIO, cit., pag. 17.

⁵⁷ MARIANO GARCIA-RUBIO, cit., pp.18-26.

⁵⁸ «Regarding the application of general rules on State responsibility, the logical consequence of a real integration of WTO law into international law would be to analyse the issue from the view point of the relationship between customary law and treaty law. (...)There is a need for consideration of the broader system of customary norms on State responsibility in relation to which the WTO rules are merely *lex specialis* », MARIANO GARCIA-RUBIO, cit., p. 7.

express norm of the WTO treaty does not provide otherwise or does not exclude in general the application of general international law»⁵⁹.

La scelta di applicare il concetto di regime speciale per interpretare i rapporti fra diritto internazionale e diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio è criticabile, dal momento che trascura il fatto che il diritto del commercio internazionale non disciplina semplicemente un particolare settore di cooperazione delle relazioni internazionali, ma istituisce anche un'organizzazione internazionale dotata di meccanismi istituzionali che sovrintendono alla produzione e al rispetto del diritto.

Nonostante Garcia-Rubio esprima delle perplessità sull'opportunità di riconoscere al diritto dell'organizzazioni internazionali una sua autonomia e specificità⁶⁰, altri esponenti eminenti della dottrina non hanno dubbi sul fatto che l'accentramento in seno a soggetti istituzionali distinti dagli Stati di determinate funzioni essenziali per la vita di un ordinamento, contribuisce a trasformare l'insieme di norme oggetto di competenza dell'organizzazione in un sistema giuridico distinto da quelle che le ha originate⁶¹. Se si ammette che questi insiemi di norme, in virtù delle loro caratteristiche istituzionali, formino un sistema di diritto distinto da quello internazionale, essi non possono essere qualificati come regimi speciali. In effetti, il concetto di regime speciale presuppone che le norme che lo compongono continuino a far parte dell'ordinamento internazionale.

Concludendo questa prima sezione, vale la pena riassumere i principali contributi apportati dalla dottrina per descrivere il rapporto fra diritto internazionale e diritti da esso derivati, in modo tale da poter isolare tutti gli elementi utili per chiarire la relazione esistente fra diritto internazionale e diritto dell'OMC.

In primo luogo, il paragrafo dedicato alla nozione di *self-contained regime* ha messo in luce i limiti teorici e pratici di questo concetto, inteso nella sua accezione più ampia d'insieme di norme completamente isolato dal diritto internazionale, così come nella sua accezione più circoscritta d'insieme di norme che esclude l'efficacia delle regole internazionali che disciplinano le conseguenze di un illecito. Quest'analisi ha permesso di rimuovere l'ostacolo principale per l'avvio di uno studio proficuo sui rapporti fra diritto internazionale e diritto dell'OMC in materia di responsabilità. In effetti, qualora uno dei due modelli fosse risultato adeguato a descrivere il diritto dell'OMC, l'assenza

⁵⁹ MARIANO GARCIA-RUBIO, *cit.*, p. 80.

⁶⁰ Vedi MARIANO GARCIA-RUBIO, *cit.*, p. 79, nota 243.

⁶¹ Vedi, in particolare, A.P. SERENI, *Diritto internazionale*, vol. II, 2, Giuffrè, Milano, 1960, pp. 901-915 e R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, Liguori, Napoli, 1968, pp. 79-90.

completa d'interazioni con il diritto internazionale, anche se limitata all'ipotesi più circoscritta delle conseguenze derivanti di un illecito, avrebbe privato di senso l'intera ricerca.

Il concetto di sottosistema aperto, esaminato nel secondo paragrafo, può essere utilizzato nel quadro dell'OMC, ma deve essere ulteriormente precisato. Esso ha il duplice pregio di mettere in luce il carattere composito di un sistema di norme che, per essere definito tale, deve constare sia di norme primarie che di norme secondarie e di evidenziare l'esistenza di interazioni fra queste norme e le corrispondenti norme primarie e secondarie. Al tempo stesso ha il difetto di stabilire margini di apertura nei confronti del diritto internazionale talmente ampi da assimilare insiemi di norme che formano veri e propri ordinamenti giuridici a categorie sistematizzate della responsabilità degli Stati basate su una classificazione delle norme primarie internazionali.

Il concetto di *primary norm remedy system*, analizzato nel terzo paragrafo, supplisce alle carenze della nozione di sottosistema aperto, dal momento che valorizza il carattere specifico ed autonomo delle norme che lo compongono rispetto alle norme primarie e secondarie internazionali. Questo concetto, che circoscrive il ruolo sussidiario del diritto internazionale alla sola ipotesi di fallimento istituzionale del sottosistema, non permette, però, di chiarire l'esistenza di interazioni fra diritto internazionale e diritto OMC, in qualità di fonti di diritto materiale.

Quest'aspetto è, invece, ripreso e sviluppato dal concetto di regime speciale, in base al quale i rapporti fra diritto internazionale e diritti da esso derivati sono disciplinati esclusivamente dal principio di specialità delle fonti di diritto. Tale chiave di lettura è senz'altro adeguata per definire la relazione esistente fra il diritto internazionale generale e i settori materiali specifici in cui esso si dirama, ma non è in grado di tenere in debito conto le caratteristiche di alcuni diritti derivati, quale ad esempio il diritto dell'OMC, che in virtù dei meccanismi istituzionali di cui dispongono, assumono la forma di veri e propri ordinamenti distinti rispetto al diritto internazionale.

Gli insegnamenti che si possono trarre dai contributi offerti dalla dottrina sono molteplici. In primo luogo, per esaminare l'interazione fra diritto dell'OMC e diritto internazionale è importante tenere conto delle caratteristiche istituzionali dell'OMC, al

fine di verificare se esse contribuiscono a trasformare quest'insieme di norme in un ordinamento distinto, ancorché subordinato al diritto internazionale. Al tempo stesso è importante non trascurare il fatto che il diritto dell'OMC si fonda su un trattato ovvero su una fonte di diritto internazionale, e che il principio di specialità delle fonti del diritto, una volta precisato il contenuto, può costituire uno strumento utile per individuare le potenzialità d'interazione fra i due sistemi. Infine, dall'esame della dottrina emerge che il diritto della responsabilità costituisce un ottimo terreno di analisi per valutare il grado di apertura di un insieme di norme rispetto al diritto internazionale. In effetti, constando sia di norme materiali sull'origine ed il contenuto della responsabilità che di norme procedurali per il ricorso ai meccanismi di attuazione della responsabilità, permette di evidenziare i limiti delle impostazioni di coloro che, esaminando il ruolo sussidiario che il diritto internazionale può svolgere in un sottosistema, focalizzano l'attenzione solamente su una delle due componenti, trascurando l'altra.

Sezione II

Una nuova chiave di lettura: il concetto di ordinamento giuridico internazionale, generale e particolare

Lo scopo di questa sezione consiste nel suggerire un modello interpretativo dei rapporti fra diritto internazionale e sottosistemi da esso derivati quanto più possibile fedele alla realtà, ovvero capace di offrire una descrizione delle relazioni fra sistemi, che rifletta effettivamente il loro interagire concreto. L'attenzione sarà accentrata sugli insiemi di norme che formano un sistema giuridico distinto rispetto all'ordinamento internazionale e non sui regimi speciali, visto che una delle ipotesi avanzate nella sezione precedente, che sarà poi qui di seguito dimostrata, è che il diritto dell'OMC in virtù delle sue caratteristiche istituzionali forma un ordinamento a sé stante, seppure collegato, rispetto al diritto internazionale.

La sezione si articola in tre paragrafi. Nel primo paragrafo verrà illustrata la nozione di sistema giuridico proposta dal positivismo giuridico, da Santi Romano e da Herbert Hart al fine di verificare se il concetto di ordinamento si presta a descrivere in modo efficace il diritto internazionale e i sottosistemi da esso derivati. Il secondo paragrafo ha come scopo quello di individuare i criteri in base ai quali è possibile considerare alcuni insiemi di norme internazionali come degli ordinamenti particolari dell'ordinamento internazionale generale. Infine, il terzo paragrafo affronta il tema dei rapporti fra ordinamenti particolari ed ordinamento internazionale, indicando le modalità per la soluzione dei conflitti potenziali che possono insorgere fra di essi.

2.1 Il concetto di ordinamento giuridico e la sua applicazione al diritto internazionale

Tenuto conto che le carenze dei modelli precedentemente illustrati possono essere ricondotte, in tutto o in parte, al concetto di ordinamento giuridico⁶², è importante, prima

⁶² La nozione di *self-contained regime* così come quella di sottosistema aperto sono parziali perché non individuano i fattori che consentono di ricondurre ad un'unità formale l'insieme di norme esaminate. La nozione di *self-contained regime* di Ripaghen finisce così per corrispondere a quella di regime speciale e il concetto di sottosistema aperto inteso come categoria sistematizzata della responsabilità degli Stati basata su una classificazione delle norme primarie internazionali, non è altro che una variazione. La nozione di *primary norm remedy system* ha il pregio di mettere l'accento sul concetto di unità delle norme primarie e secondarie, ma ricorrendo ad una nozione di ordinamento incentrata esclusivamente sulla sua effettività, non tiene in debito conto delle potenzialità d'interazione derivanti dal suo essere fonte di diritto derivata. Infine, l'approccio seguito da Garcia Rubio che lo porta ad assimilare il diritto dell'OMC ad un regime speciale di diritto internazionale, è incompleto dal momento che non prende in alcun modo in considerazione la componente istituzionale di un ordinamento.

di suggerire una chiave di lettura diversa dei rapporti fra diritto internazionale e diritti da esso derivati, definire il contenuto di tale nozione e riflettere sulle implicazioni derivanti dalla sua applicazione al diritto internazionale.

Il concetto di ordinamento giuridico è stato introdotto per la prima volta dal positivismo giuridico. Come sottolinea Norberto Bobbio, «prima del suo sviluppo (...) era mancato nel pensiero giuridico lo studio del diritto considerato non come singola norma o come coacervo di singole norme, ma come entità costituita dal complesso sistematico di tutte le norme»⁶³. Tale autore si riferisce in particolare a Hans Kelsen che ha isolato i problemi specifici posti dall'ordinamento giuridico rispetto a quelli posti dalla norma giuridica, dedicando loro una trattazione autonoma nella seconda parte (Nomodinamica) della Teoria generale del diritto e dello Stato.

Kelsen definisce l'ordinamento giuridico come «un sistema di norme»⁶⁴. La norma fondamentale (*Grundnorm*), ovvero la norma la cui validità non può essere derivata da una norma superiore, consente di realizzare il passaggio da una molteplicità disordinata di norme ad un insieme ordinato. Secondo Kelsen, infatti, «tutte le norme la cui validità può essere ricondotta ad un'unica norma fondamentale costituiscono un'insieme di norme, o un ordinamento»⁶⁵. All'interno del *genus* ordinamento normativo è possibile identificare due *species*: i sistemi normativi statici ed i sistemi normativi dinamici. Queste due categorie di ordinamenti si differenziano l'una rispetto all'altra in funzione della natura della norma fondamentale su cui si fondano. Nei sistemi normativi statici la validità delle norme che li compongono si fonda sul loro contenuto. Le norme fanno parte del sistema in quanto possono essere dedotte da una norma fondamentale specifica la cui forza vincolante è presunta tale. Nei sistemi normativi dinamici, la validità delle norme non si basa sul loro contenuto, ma sul fatto che sono tutte poste in essere, direttamente o indirettamente, dalla medesima autorità titolare del potere di creare diritto. La norma fondamentale di questi sistemi «è la regola basilare, secondo la quale devono

⁶³ N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico. Lezioni di Filosofia del Diritto*, cit., p. 231.

⁶⁴ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, traduzione italiana dall'inglese di Sergio Cotta e Giuseppino Treves, Edizioni di Comunità, Milano, 1959, p. 111. L'espressione utilizzata nella versione inglese *General Theory of Law and State*, è *legal system*. Per quanto riguarda la versione tedesca, Kelsen inizialmente utilizza l'espressione «*Rechtsordnung*» per poi privilegiare quella di «*Rechtssystem*». Quest'ultimo termine è senz'altro più vicino alla nozione italiana di ordinamento che «rappresenta insieme e indistintamente tanto la regolamentazione, come processo del regolamentare, cioè dello stabilire ordine mediante delle regole, quanto il regolamento, come insieme di imperativi mediante i quali si stabilisce l'ordine», vedi F. GENTILE, *Ordinamento giuridico. Controllo o/e comunicazione? Tra virtualità e realtà*, in U. PAGALLO, *Testi e contesti dell'ordinamento giuridico*, Cedam, Padova, 1999, p. 211.

⁶⁵ H. KELSEN, cit., p. 112.

venire create le norme del sistema»⁶⁶. In altri termini, volendo ricorrere alla nozione di unità piuttosto che a quella di norma fondamentale per indicare una delle caratteristiche salienti di un ordinamento giuridico, si può operare una distinzione fra ordinamenti la cui unità è di tipo sostanziale ed ordinamenti la cui unità è di tipo formale. Sia i sistemi statici che i sistemi dinamici si fondano su una norma fondamentale la cui validità è presupposta, ma differiscono gli uni rispetto agli altri per quanto riguarda le modalità che conferiscono validità ed unità all'insieme di regole che li compongono. Nel primo caso la validità delle norme che compongono l'ordinamento dipende dalla possibilità di dedurre il loro contenuto dalla norma fondamentale. Nel secondo caso la validità prescinde dal contenuto e si basa sulla possibilità di dedurre dalla norma fondamentale la fonte da cui promana la norma. La prima categoria di ordinamenti comprende la morale, nonché il diritto concepito giusnaturalisticamente. La seconda corrisponde al diritto concepito positivamente⁶⁷.

Santi Romano considera la definizione di ordinamento giuridico inteso come «insieme di norme» proposta da Kelsen, parziale e, in quanto tale, insoddisfacente. Accogliendo tale definizione, in effetti, si rischia d'identificare l'ordinamento con la somma aritmetica delle norme che lo compongono. In realtà il ruolo delle norme nell'impianto concettuale di Santi Romano è ancillare ai fini della definizione della nozione di ordinamento. Esse sono l'oggetto, nonché lo strumento di azione dell'ordinamento, ma non costituiscono un elemento portante della sua struttura⁶⁸. Le norme non sono altro che la manifestazione, il riflesso debole del potere oggettivo ed impersonale dell'io sociale, dove per io sociale s'intende una sorta di coscienza superiore che trascende e domina le divergenze fra i soggetti che formano il corpo sociale che l'ordinamento giuridico intende regolare.

Il concetto di diritto si estende quindi fino a comprendere il concetto di società che tuttavia non deve essere intesa come un insieme di individui, ma come un'entità distinta dai soggetti che la compongono. Questa entità riassume in unità, sul piano sostanziale e formale, il carattere multiforme e caotico della realtà sociale, assumendo le vesti di un'organizzazione o di un'istituzione che si fa portavoce di un supposto ordine sociale. Il concetto che meglio chiarisce la nozione di ordinamento è quello di istituzione, che Santi Romano definisce in modo estremamente succinto come «ogni ente o corpo sociale»⁶⁹.

⁶⁶ H. KELSEN, *cit.*, p. 114.

⁶⁷ N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, *cit.*, p. 234.

⁶⁸ SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze, 1962, p. 12.

⁶⁹ Questa definizione così sintetica d'istituzione crea non poche difficoltà interpretative dal momento che data la sua genericità si presta a facili abusi. Come sottolinea Santi Romano «quando ci sia un'istituzione che abbia i caratteri indicati nel testo, non è sempre facile accertare. Ci sono dei casi limiti: così quando si

Tale entità deve avere una propria individualità oggettiva e concreta e deve essere dotata di un'unità stabile e permanente che non viene meno allorché si verificano dei cambiamenti in uno o alcuni dei suoi elementi. Le norme giuridiche possono essere incluse nella definizione di ordinamento inteso come istituzione dal momento che possono aver contribuito a creare l'istituzione ed a regolarne il funzionamento, ma non sono sufficienti ad esaurire tale concetto. In effetti esse non sono di per sé in grado di rendere l'istituzione efficace. A tale proposito Santi Romano si inserisce nel solco della teoria normativista-imperativistica del diritto e deriva il carattere giuridico di una norma dalla possibilità che la sua violazione sia accompagnata da una sanzione. La sanzione non può essere inclusa nella nozione di ordinamento se si accoglie il concetto restrittivo di insieme di norme dal momento che non può essere oggetto di alcuna norma specifica⁷⁰. Al tempo stesso essa costituisce un elemento portante della struttura dell'ordinamento in quanto da essa dipende il carattere giuridico delle norme che compongono l'ordinamento medesimo. Attraverso la nozione di istituzione questa difficoltà viene superata. Infatti, l'istituzione, in quanto incarnazione dell'io sociale, non solo pone la norma, ma anche ne garantisce l'applicazione.

La teoria istituzionale elaborata da Santi Romano riflette il tentativo di superare la nozione strettamente formale di ordinamento giuridico proposta dal normativismo al fine di riabilitare quegli elementi quali l'organizzazione, l'autorità e il potere, precedentemente esclusi dall'oggetto della scienza giuridica, che secondo il giurista italiano costituiscono una componente essenziale per ricondurre ad unità la complessa trama di fenomeni giuridici che attraversano la società.

Resta per altro aperto il problema di meglio definire il rapporto che sussiste fra il concetto d'istituzione e quello di corpo sociale. L'istituzione, ovvero l'io sociale, come sottolinea Santi Romano, è un «*socius* tipico, astratto, oggettivo»⁷¹. Questa entità non è

hanno delle organizzazioni molto rudimentali, come ad esempio, quelle costituite da una unione di persone in fila per raggiungere uno sportello o per entrare in un locale, oppure quelle organizzazioni meno embrionali, ma tuttavia "allo stato diffuso", che uniscono idealmente con l'osservanza di usi o altre regole comuni i cultori di giochi e di sport, i c.d. gentiluomini che praticano le norme della cavalleria, coloro che seguono certi usi mondani, ecc. (...). Comunque, per quanto si vogliano adottare dei criteri molto larghi nel ravvisare i caratteri dell'istituzione in certe forme molto semplici e poco sviluppate di società, non crediamo che possa giungersi sino a ravvisare il fenomeno giuridico in tutti gli "stati di convivenza umana"» SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 35. Da queste considerazioni si deduce l'esistenza di una soglia per quanto concerne il livello di strutturazione ed organizzazione del corpo sociale al di sotto della quale non è più possibile parlare d'istituzione. Resta tuttavia irrisolto il problema della definizione di parametri generali che permettano d'identificare quel livello minimo di organizzazione che segna il passaggio da un insieme eterogeneo di individui ad un'entità sociale unitaria.

⁷⁰ La sanzione, secondo Santi Romano, è un mezzo di pressione necessariamente inerente al potere sociale che precede la norma e ne costituisce la base. Vedi SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 24.

⁷¹ SANTI ROMANO, cit., p. 18.

immanente al corpo sociale, ma lo trascende, ponendosi in una posizione sovraordinata rispetto ad esso. Santi Romano pur riferendosi alla società come punto di partenza per l'elaborazione del concetto di ordinamento, non concepisce questa realtà come capace di dare vita ad un sistema di autoregolamentazione dei rapporti interindividuali. L'ordine sociale incarnato dall'istituzione non è prodotto dalla società medesima. L'uomo infatti è concepito, sulla falsariga del pensiero di Hobbes, come *homo homini lupus* e l'insieme di individui che compongono la società come un complesso di relazioni caotiche dominate dal conflitto e non dalla solidarietà. L'ordinamento giuridico, quindi, non è altro che un complesso di regole imposte da quella componente della società (che nel pensiero di Santi Romano viene definita istituzione) che, in virtù del potere e della forza che detiene, è riuscita ad imporre il suo ordine sociale.

Se il normativismo poteva essere criticato in quanto, attraverso l'assunto della validità della norma fondamentale, escludeva dalla sfera di analisi del giurista il fondamento ultimo dell'ordinamento, non offrendo all'operatore giuridico gli strumenti per mettere in discussione l'ordine precostituito, la teoria istituzionale, includendo la nozione di potere, autorità ed organizzazione nel concetto di diritto oggettivo si presta a manipolazioni ideologiche ancora più autoritarie. Infatti, identificando la nozione di ordinamento con l'entità che detiene il monopolio della forza, finisce per legittimare giuridicamente l'ordine sociale imposto da essa.

Il problema di realizzare una sintesi fra effettività e validità quali criteri che condizionano la nascita e la vita di un ordinamento giuridico, senza che quest'operazione produca una visione autoritaria del diritto, è stato risolto da H. Hart attraverso il ricorso alle nozioni di norme primarie, norme secondarie e norma di riconoscimento. Il diritto, nel senso di ordinamento giuridico, per Hart, non è altro che l'unione fra norme primarie e norme secondarie. Secondo il pensatore inglese, « le norme del primo tipo, che si può considerare il tipo fondamentale e primario, impongono agli uomini di compiere o di astenersi dal compiere certe azioni, che lo vogliano o no. Le norme dell'altro tipo sono in un certo senso sussidiarie o secondarie rispetto a quelle del primo tipo, infatti esse stabiliscono che gli uomini possano, mediante certi atti o certe parole, introdurre nuove norme del tipo primario, abrogarne o modificarne delle antiche, determinare in vari modi la loro incidenza o controllare le loro azioni. Le norme del primo tipo impongono obblighi: quelle del secondo tipo attribuiscono poteri, pubblici o privati»⁷². In termini ancora più generali, le norme secondarie sono *relative* alle norme primarie, « ciò

⁷² H.HART, *Il concetto del diritto*, cit., p. 97.

significa che, mentre le norme primarie riguardano le azioni che gli individui devono fare o non fare, tutte queste norme secondarie riguardano le norme primarie stesse. Esse specificano i modi in cui si possono in modo decisivo accertare, introdurre, eliminare, variare le norme primarie, e determinare il fatto della loro violazione»⁷³.

L'unità dell'ordinamento è garantita da una norma secondaria specifica che Hart definisce norma di riconoscimento, in quanto «viene accettata e usata per l'individuazione delle norme primarie che impongono obblighi»⁷⁴.

Dal punto di vista interno, la norma di riconoscimento conferisce validità alle norme che compongono l'ordinamento. La nozione di norma di riconoscimento elaborata da Hart sembra in questo senso avvicinarsi molto a quella di *Grundnorm* dei sistemi normativi dinamici proposta da Kelsen. In realtà Hart supera la visione strettamente formalista kelseniana analizzando l'unità dell'ordinamento dal punto di vista non solo interno, ma anche esterno. Dal punto di vista interno, ovvero dal punto di vista dell'operatore giuridico che applica il diritto presupponendo che la norma di riconoscimento sia valida, la nozione di *Grundnorm* e quella di norma di riconoscimento coincidono. La validità di entrambe è presupposta, ed entrambe costituiscono il fondamento della validità e dell'unità delle norme che compongono l'ordinamento. Tuttavia, se si osserva l'ordinamento dall'esterno, il postulato della validità della norma di riconoscimento viene messo in discussione. La validità della norma di riconoscimento non può più essere assunta come ipotesi fondamentale, ma deve essere vagliata sulla base del criterio dell'effettività, che a sua volta comporta la verifica di due condizioni: «da un lato, devono essere generalmente obbedite le norme di comportamento che sono valide in base a criteri definitivi di validità dell'ordinamento, e dall'altro devono essere effettivamente accettate come criteri comuni e pubblici del comportamento ufficiale, da parte dei funzionari dell'ordinamento, le norme di riconoscimento che stabiliscono i criteri di validità giuridica e le sue norme di mutamento e di giudizio. (...) Non dobbiamo sorprendersi per questo dualismo. Si tratta semplicemente del riflesso del carattere complesso dell'ordinamento giuridico, confrontato con una forma pregiuridica di struttura sociale, più semplice e decentrata, formata soltanto da norme primarie. Nella struttura più semplice, dato che non ci sono funzionari, le norme devono essere ampiamente accettate come norme che pongono criteri di valutazione per il comportamento del gruppo. Se, in questo caso il punto di vista interno non è ampiamente

⁷³ H.HART, *Il concetto di diritto*, cit., p. 112.

⁷⁴ H.HART, *Il concetto del diritto*, cit., p. 118.

diffuso, non vi può essere logicamente nessuna norma. Ma nel caso in cui vi sia un'unione di norme primarie e secondarie, (...), l'accettazione delle norme come criteri comuni per il gruppo può essere separata dalla questione, relativamente passiva, dall'acquiescenza alle norme che il cittadino privato attua obbedendo soltanto per conto suo»⁷⁵.

In altri termini, il fondamento dal punto di vista esterno dell'ordinamento giuridico è una sorta di Giano bifronte. Esso si ricollega all'effettività, da un lato, delle norme secondarie e consiste nell'insieme di comportamenti particolari posti in essere dai funzionari dell'ordinamento, dall'altro, delle sue norme primarie. Il problema dell'effettività delle norme primarie è marginale rispetto a quello dell'efficacia della norma di riconoscimento e delle altre norme secondarie, ma può porsi in casi estremi. In effetti, qualora l'ordinamento giuridico nel suo complesso non contenesse quelle prescrizioni minime strettamente necessarie per garantire la convivenza sociale, l'atteggiamento generale di acquiescenza da parte dei destinatari delle norme primarie potrebbe venire meno. In questo caso la veste di legalità formale offerta dalla norma secondaria di riconoscimento non sarebbe più sufficiente per giustificare la validità dell'ordinamento e l'insieme delle norme primarie e secondarie rischierebbe a quel punto di dissolversi.

La teoria elaborata da Hart offre strumenti concettuali molto utili per comprendere le caratteristiche dell'ordinamento giuridico. L'analisi del diritto dal punto di vista esterno e dal punto di vista interno e l'individuazione di due categorie di norme, le une funzionali all'esistenza delle altre, consentono infatti di operare una sintesi fra la visione normativista e quella istituzionalista superandone i limiti teorici messi prima in evidenza.

La capacità della nozione di ordinamento giuridico inteso come somma di norme primarie e secondarie di tradurre in chiave normativa la teoria istituzionale di Santi Romano è messa bene in luce da Norberto Bobbio che sottolinea come «Santi Romano était parti de l'insuffisance de la théorie du droit comme norme. Mais, comme il apparaît dès les premières pages de son oeuvre, les normes auxquelles il se référerait pour montrer l'insuffisance de la définition traditionnelle du droit comme norme ou ensembles de normes, étaient les normes de conduite. Il s'était rendu compte que l'on ne pouvait pas définir un ordre juridique en partant des normes (de conduite), parce qu' il comprenait "les nombreux mécanismes ou engrenages, les liens d'autorité et de force qui produisent, modifient, font appliquer, et garantissent les normes juridiques, mais ne s'identifient pas

⁷⁵ H.HART, *Il concetto del diritto*, cit., pp. 137-138.

avec elles". Ce dont il ne s'était pas rendu compte c'était que "ces nombreux mécanismes ou engrenages" étaient constitués eux aussi par des normes, et justement des normes du second degré. Le concept auquel Romano se réfère pour dépasser la définition du droit comme norme est le concept d'organisation. Mais ce qu'il entend par organisation n'est jamais clair. (...) Je soupçonne que le concept d'organisation (...) n'a pas été défini parce qu'on ne pouvait pas le définir sans recourir à la notion de normes du second degré, dont l'organisation est le résultat. Ce que la théorie institutionnelle appelle "organisation" est l'effet d'une série d'activités de protection et de création de normes, non plus abandonnées au hasard ou à l'évolution spontanée de la société, mais réglées à leur tour par les autres normes du système»⁷⁶.

Dopo aver passato in rassegna le principali elaborazioni teoriche del concetto di ordinamento giuridico ed aver messo in evidenza i vantaggi derivanti dal ricorso alla nozione di diritto proposta da Hart, resta da valutare entro che misura essa possa essere applicata non solo in chiave metaforica, ma anche paradigmatica⁷⁷ al diritto internazionale.

La dispersione del potere fra soggetti uguali e sovrani e l'assenza di un apparato istituzionale centralizzato comportano fenomeni quali la soggettività, per quanto concerne la determinazione della legalità e l'aleatorietà e incertezza, per quanto riguarda le conseguenze della violazione del diritto⁷⁸, che hanno suscitato forti riserve in ordine alla possibilità di considerare le regole internazionali un insieme di norme sistematico. Fra le fila di coloro che nutrono perplessità al riguardo, s'inserisce lo stesso Herbert Hart, per il quale il diritto internazionale non è altro che «una serie di norme». Secondo il giurista inglese tale insieme di norme non può essere considerato un ordinamento, dal

⁷⁶ N.BOBPIO, *Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires*, in N.BOBPIO, *Essais de théorie du droit*, L.G.D.J.- Bruylant, Paris-Bruxelles, 1998, pp. 172-173.

⁷⁷ La distinzione fra la nozione di metafora e quella di paradigma è messa bene in luce da E.Wyler secondo il quale, «Par métaphorique, nous entendons (...) le recours analogique à une notion en vue d'un "gain cognitif", ceci se distinguant du traitement paradigmatique selon lequel, après avoir choisi ou subi l'imprégnation d'un modèle théorique pour sa capacité à éclairer certains phénomènes propres à un domaine du savoir on le transpose par analogie à un autre domaine, en en vérifiant cette capacité en relation avec des phénomènes qui y sont à l'œuvre», vedi E.WYLER, *Propos sur la fécondité du paradigme systémique en droit international à la lumière de la théorie de Georges Abi-Saab*, in L.BOISSON de CHAZOURNES e V.GOWLLAND-DEBBAS (edited by), *The International Legal System in Quest of Equity and Universality/L'ordre juridique international, un système en quête d'équité et d'universalité, Liber Amicorum Georges Abi-Saab*, Kluwer Law International, Hague, London, Boston, 2001, p. 23.

⁷⁸ Si veda a tale proposito, P.-M.DUPUY, *Droit international public*, Dalloz, Paris, 2000, p. 16.

momento che risulta composto solo da norme primarie. In particolare, l'assenza di una norma secondaria di riconoscimento non consente di ricondurre ad unità il complesso di obblighi di condotta indirizzati ai soggetti della Comunità internazionale. Questo non significa che tali obblighi non abbiano una natura giuridica. Secondo Hart, in effetti, il carattere giuridico di una regola non dipende necessariamente dalla sua appartenenza ad un ordinamento⁷⁹, quanto piuttosto dalla sua effettività.

Georges Abi-Saab, nel suo Corso generale, pur accogliendo la nozione di ordinamento giuridico, proposta da Hart, intesa come unione di norme primarie e secondarie, non accetta le conclusioni del pensatore inglese per quanto concerne le caratteristiche del diritto internazionale. In effetti, Abi-Saab, integrando la teoria analitica di Hart con quella normativista di Kelsen e quella istituzionale di Santi Romano⁸⁰, considera il diritto internazionale un sistema giuridico caratterizzato dalla presenza di norme secondarie, che sono efficaci, nonostante l'assenza di meccanismi istituzionali centralizzati⁸¹. In particolare, secondo l'eminente autore, il fatto che la funzione legislativa, esecutiva e giurisdizionale, che lui stesso definisce il "DNA" di ogni ordinamento⁸², siano esercitate in modo diffuso⁸³ non ha incidenza sull'esistenza delle norme secondarie che le disciplinano, quanto sul loro grado di complessità. In altri termini, le norme secondarie operanti nella società internazionale esistono⁸⁴ ma, tenuto conto del fatto che la società internazionale è caratterizzata da una diffusione dei poteri fra i soggetti che la compongono, esse presentano un carattere molto più «rudimentaire»⁸⁵ dei sistemi giuridici dotati di un apparato istituzionale centralizzato.

Volendo tirare le fila di quanto finora è stato detto, è possibile conservare il concetto di ordinamento giuridico proposto da Hart ed applicarlo al diritto internazionale, a condizione di modificare i parametri utilizzati per individuare l'esistenza delle norme

⁷⁹ Su questo punto, il concetto di diritto di Hart diverge nettamente da quello del filone normativista tedesco ed italiano che inverte il rapporto ordinamento/norma, facendo dipendere il carattere giuridico della norma dalla sua appartenenza ad un ordinamento. Si veda, a tale proposito, C.LEBEN, *De quelques doctrines de l'ordre juridique*, in *Droits*, 2001, p. 25.

⁸⁰ Gli aspetti della teoria di Kelsen che fa propri sono l'idea della struttura e della coerenza interna di un sistema normativo, mentre da Santi Romano riprende l'elemento extra-normativo dell'organizzazione e il fatto che l'identità - unità del sistema giuridico sia una variabile dipendente dalle caratteristiche del corpo sociale e non viceversa. Vedi a tale proposito E.WYLER, *cit.*, p. 43.

⁸¹ Vedi G.ABI-SAAB, *Cours général de droit international public*, R.C.A.D.I., vol. 207, 1987, pp. 121-123.

⁸² Vedi G.ABI-SAAB, *cit.*, p. 126.

⁸³ Come sottolinea Abi-Saab nell'ambito della società internazionale è molto più pertinente parlare di funzioni *diffuse* piuttosto che di funzioni *decentralizzate*, dal momento che le seconde presuppongono l'esistenza di un'autorità sovraordinata titolare di tali funzioni che provvede ad identificare i soggetti autorizzati ad esercitarle in modo decentrato. Vedi G.ABI-SAAB, *cit.*, p. 124.

⁸⁴ A differenza di Hart, Abi-Saab verifica l'esistenza di tali norme sul piano empirico e non formale.

⁸⁵ G.ABI-SAAB, *cit.*, p. 125.

secondarie. La concezione formalista di Hart, che fa dipendere l'esistenza delle norme secondarie dalla presenza di meccanismi istituzionali centralizzati e limita il ricorso al criterio dell'effettività solo all'ipotesi circoscritta della norma di riconoscimento è troppo riduttiva. Al fine di poter decifrare le diverse caratteristiche degli ordinamenti operanti nel quadro della società internazionale è preferibile estendere il ricorso al parametro dell'effettività⁸⁶ per verificare l'esistenza di tutte le norme secondarie (norma di riconoscimento, norme di mutamento e norme di giudizio). Quanto più il parametro empirico dell'effettività potrà essere sostituito da quello formale della validità, ovvero quanto più il corpo sociale sarà dotato di meccanismi istituzionali centralizzati, tanto più l'ordinamento giuridico sarà complesso e sofisticato. Alla luce di questa considerazione è possibile configurare il diritto internazionale come un ordinamento *semplice*, privo di un apparato istituzionale centralizzato e in cui l'esistenza di tutte le norme secondarie dipende dalla loro effettività⁸⁷.

I sistemi giuridici da esso derivati possono a loro volta essere qualificati come ordinamenti *semplici*, *semicomplexi* o *complessi*, a seconda del loro grado di

⁸⁶ La nozione di effettività, deve essere intesa, in questa sede, come la generale osservanza di una regola da parte del corpo sociale, dovuta non tanto all'esistenza di un apparato istituzionale titolare del potere di infliggere sanzioni ai soggetti responsabili dell'eventuale violazione, quanto al fatto che il suo contenuto riflette le esigenze stesse della società in cui la norma deve operare. In questo secondo caso, l'osservanza della regola è pur sempre accompagnata da un sentimento di costrizione, che trova però fondamento non tanto nella minaccia dell'uso della forza da parte di un soggetto istituzionale quanto nella pressione sociale esercitata dal complesso dei suoi destinatari.

⁸⁷ In particolare la funzione di mutamento è esercitata dagli stessi destinatari dell'ordinamento, direttamente, tramite la conclusione di accordi internazionali, e indirettamente attraverso atti e fatti che contribuiscono progressivamente alla formazione in seno alla Comunità internazionale di norme consuetudinarie aventi portata generale. Per quanto concerne il diritto dei trattati, la rilevazione delle norme secondarie di mutamento è agevolata dalla loro codificazione e sistemazione all'interno della Convenzione di Vienna del 1969. Il principale inconveniente derivante dalla diffusione del potere normativo consiste nella difficoltà a modificare l'ordinamento alla luce di criteri direttivi definiti in modo oggettivo sulla base dei valori dominanti nel corpo sociale. In effetti, la mancanza di un apparato istituzionale centralizzato che provvede a modificare ed integrare il diritto internazionale si traduce nell'assenza di verticalizzazione delle regole che compongono l'ordinamento, ovvero nell'equivalenza tra norme consuetudinarie, aventi portata generale e accordi internazionali che hanno portata inter-individuale e fra le norme secondarie che disciplinano le modalità di formazione delle norme primarie e queste ultime (vedi a tale proposito P.-M.DUPUY, *Droit international public*, cit., pp. 17-18). Al tempo stesso, questo limite risulta in parte attenuato grazie alla progressiva affermazione, in seno alla Comunità internazionale di norme di ordine pubblico (*ius cogens*) che non possono essere derogate né da norme internazionali generali, né da norme aventi portata individuale. La funzione di giudizio, può essere, a sua volta, svolta direttamente dai singoli soggetti della Comunità internazionale o indirettamente, da parte di un'istanza giurisdizionale (Corte internazionale di giustizia) o arbitrale, che esercita tale funzione esclusivamente su base consensuale. L'assenza di un organo istituzionale titolare di una competenza giurisdizionale obbligatoria in seno alla Comunità internazionale costituisce uno dei difetti più gravi del sistema giuridico internazionale, dal momento che l'esercizio unilaterale della funzione d'interpretazione compromette in modo decisivo l'applicazione uniforme ed oggettiva delle norme. L'aumento dei ricorsi presso la Corte internazionale di giustizia e la generale osservanza della giurisprudenza di tale organo da parte degli stati che hanno dato luogo alla controversia, costituiscono comunque degli indicatori importanti di un graduale rafforzamento dell'oggettività, per quanto concerne la determinazione della legalità (vedi P.-M.DUPUY, cit., p. 14-15).

istituzionalizzazione. Il sistema giuridico comunitario, ad esempio, può senz'altro definirsi un ordinamento complesso, dal momento che è dotato non solo di norme primarie e norme secondarie, ma anche di un apparato istituzionale piuttosto sofisticato che esercita in modo accentrato sia la funzione normativa che quella giurisdizionale⁸⁸. Il diritto dell'OMC, invece, può essere qualificato come un *ordinamento semicompleso*, dal momento che i meccanismi predisposti per modificare le norme che lo compongono e per sanzionarne l'eventuale inosservanza, di fatto, non sono gestiti in modo autonomo da un organo istituzionale che esercita tali funzioni in modo accentrato, ma sono in larga

⁸⁸ In particolare, le fonti delle *norme primarie* consistono nei tre trattati comunitari (CE, CECA, CEEA), negli accordi successivi che gli Stati membri hanno stipulato per modificare o completare i trattati originari (ad esempio l'Atto unico europeo, il Trattato di Maastricht e il Trattato di Amsterdam), i trattati di adesione conclusi ai sensi dell'art. 49 TUE, i principi generali del diritto (ad esempio i diritti fondamentali quali risultano dalle Costituzioni degli Stati membri e dai trattati internazionali in materia di tutela dei diritti dell'uomo cui gli Stati membri hanno cooperato e aderito (art. 6 TUE), gli accordi conclusi dalla Comunità con Stati terzi (ad esempio gli accordi di associazione ex art. 310 e di politica commerciale ex art. 133) i regolamenti, le direttive e le decisioni, ex art. 249 T.CE e ex art. 161 T. CEEA e le decisioni generali e individuali, nonché le raccomandazioni ex art. 14 T. CECA. Si veda a tale proposito, B.BEUTLER, R.BIEBER, J. PIPKORN, J.STREIL, J.H.H.WEILER, (a cura di) *L'Unione europea. Istituzioni, ordinamento, politiche*, Il Mulino, Bologna, 2001, p. 263-302. Per quanto concerne la sfera *ratione materiae* delle norme primarie, essendo la Comunità un ente a competenze attribuite, essa non è illimitata. I confini materiali dell'ordinamento comunitario sono stabiliti dagli art. 2 e 3 del trattato CE che definiscono i compiti e gli obiettivi della Comunità.

Per quanto riguarda la *norma di riconoscimento*, ovvero la norma che serve all'individuazione delle norme primarie che compongono l'ordinamento, essa corrisponde alla regola che stabilisce a carico degli Stati membri l'obbligo di osservare il trattato istitutivo, che, a sua volta, individua le norme appartenenti all'ordinamento comunitario che gli Stati membri sono tenuti a seguire. All'interno di questa categoria di norme è possibile identificare:

- 1) le *regole secondarie di mutamento* che definiscono sia i soggetti legittimati a emanare nuove regole che modificano o integrano l'ordinamento sia i procedimenti da seguire per porle in essere (l'art. 48 TUE definisce le modalità di emendamento dei trattati istitutivi e attribuisce tale potere di modifica agli Stati membri; l'art. 249 individua gli atti che le istituzioni comunitarie possono adottare per l'assolvimento dei loro compiti, mentre gli art. 250, 251 e 252 specificano le procedure da seguire. La parte quinta del trattato ripartisce il potere di emanazione delle norme comunitarie tra la Commissione (potere d'iniziativa, art. 211) il Consiglio e il Parlamento (potere decisionale, rispettivamente art. 202 e 192);
- 2) le *norme secondarie di giudizio* che individuano il soggetto legittimato a prendere una decisione d'autorità nell'ipotesi in cui una norma dell'ordinamento venga violata e la procedura che tale soggetto deve seguire per risolvere la questione (il rispetto del diritto comunitario nell'interpretazione e applicazione del trattato è assicurato dalla Corte di giustizia (art. 220), nonché dal Tribunale di primo grado (art. 225). Le regole di procedura sono contenute in parte nel trattato (sezione 4 della parte V) e in parte nel protocollo n.11 sullo statuto della Corte di giustizia allegato al T. CE).
- 3) le *norme secondarie che stabiliscono le sanzioni*, ufficiali e accentrato dell'ordinamento, attribuendo ai giudici che hanno accertato il fatto della violazione il potere di dirigere la sanzione da parte di altri funzionari (tali sanzioni possono essere inflitte dalla Corte di giustizia, che a partire dall'entrata in vigore del trattato di Maastricht può comminare a carico degli Stati membri inadempienti il pagamento di una somma forfettaria o di una penalità (art. 228). In virtù dell'efficacia diretta del diritto comunitario negli ordinamenti nazionali, l'eventuale inadempienza da parte di uno Stato membro può essere sanzionata anche dal giudice nazionale che può stabilire a carico dello Stato membro l'obbligo di risarcimento per danni causati a privati a causa della violazione da parte delle autorità nazionali del diritto comunitario (cfr. sentenza della Corte di giustizia del 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich*, in *Raccolta*, 1991, p. I-5357).

misura controllati dalle parti contraenti, ovvero dai soggetti destinatari delle norme primarie⁸⁹.

L'esistenza di settori del diritto internazionale dotati di un apparato istituzionale più evoluto degli altri non è comunque di per sé un elemento sufficiente per considerarli dei veri e propri ordinamenti giuridici distinti rispetto al diritto internazionale. Essi possono in effetti configurarsi semplicemente come delle articolazioni più evolute sul piano istituzionale del diritto internazionale. Lo scopo del prossimo paragrafo consisterà proprio nell'individuare i criteri che consentono di considerare alcuni settori dell'ordinamento internazionale dei veri e propri ordinamenti giuridici distinti rispetto ad esso.

2.2 Ordinamenti giuridici generali e particolari

Secondo la definizione di Herbert Hart un insieme di norme costituisce un ordinamento giuridico allorché è dotato di una norma secondaria di riconoscimento, di norme secondarie di mutamento, di norme secondarie di giudizio e di norme primarie. Il criterio che consente di individuare le norme che appartengono ad un ordinamento e quindi di isolarle rispetto ad un altro ordinamento giuridico è la norma di riconoscimento.

Norberto Bobbio, facendo proprio il concetto di diritto proposto da Hart e precisandolo ulteriormente, individua non una sola norma di riconoscimento, quanto piuttosto una categoria di norme che consentono di stabilire se una determinata regola appartenga o meno al sistema. Come lui stesso sottolinea « il s'agit d'une catégorie plutôt complexe. En première approximation, on peut dire que trois types de normes y appartiennent au fur et à mesure que l'on va d'un ordre juridique primitif à un ordre juridique évolué:

- a) ce qu'on appelle les normes sur les sources, c'est-à-dire les normes qui indiquent quels sont les faits ou les actes auxquels on attribue le pouvoir de produire des normes appartenant au système ;
- b) les normes qui établissent les limites d'espace et de temps à l'intérieur desquelles on peut considérer que les normes produites par les sources autorisées peuvent appartenir au système (il s'agit des normes sur la validité des lois dans le temps et dans l'espace) ;

⁸⁹ Per un'analisi articolata delle caratteristiche dell'ordinamento dell'Organizzazione mondiale del commercio, si veda la terza sezione di questo capitolo.

c) les normes sur l'interprétation et sur l'application des normes considérées comme appartenant au système, sur la base de critères mentionnés aux points a et b »⁹⁰.

Ogni volta che le norme di riconoscimento individuano fonti anche solo parzialmente distinte da quelle previste dal diritto internazionale generale, prevedono una sfera di applicazione *ratione personae, loci, temporis* o *materiae* che non corrisponde a quella del diritto internazionale generale ed infine stabiliscono dei criteri d'interpretazione ed applicazione non equivalenti a quelli stabiliti dal diritto internazionale, sarà possibile attestare l'esistenza di un ordinamento giuridico diverso rispetto al diritto internazionale. *Mutatis mutandis*, nel linguaggio del pluralismo istituzionale, l'esistenza di molteplici ordinamenti «è possibile, proprio perché sono o in quanto siano concepibili ordinamenti sociali, come una propria predeterminazione dei soggetti, con una propria (almeno parziale) produzione normativa, con una propria (almeno parziale) organizzazione (autorità)»⁹¹.

Un ordinamento pur essendo dotato di proprie norme di riconoscimento, di mutamento, di giudizio, può essere "derivato", se tali norme sono "riconosciute" da un altro ordinamento. Se questo riconoscimento si traduce in "imposizione" da parte di un ordinamento superiore, ovvero se l'ordinamento superiore può disporre della nascita, vita, estinzione dell'ordinamento derivato, quest'ultimo si riduce ad una «semplice parte o articolazione dell'ordinamento dominante»⁹².

Gli ordinamenti giuridici possono essere parimenti classificati in funzione dei fini che perseguono in ordinamenti generali ed ordinamenti particolari. Gli ordinamenti generali perseguono fini politici ovvero generali e virtualmente illimitati, mentre gli ordinamenti particolari tutelano una categoria d'interessi specifici del corpo sociale⁹³.

Il criterio di classificazione *ratione materiae* è preferibile rispetto al criterio dell'originarietà, dal momento che il secondo può indurre alla falsa conclusione che esista in assoluto un rapporto di subordinazione fra ordinamento originario e derivato. La costruzione di una "piramide di ordinamenti" è invece possibile solo in termini relativi, dal momento che la validità, a differenza dell'effettività, non è un valore assoluto, ma relativo a ciascun ordinamento considerato. «I rapporti fra ordinamenti non possono

⁹⁰ N.BOBBI, *Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires*, cit., p. 167.

⁹¹ F.MODUGNO, *Pluralità degli ordinamenti*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIV, Giuffrè, Milano, 1985, p. 14.

⁹² *Ibidem*, p. 18.

⁹³ *Ibidem*, p. 35.

dunque mai essere, di per sé, rapporti di "subordinazione", ma sempre di "coordinazione"»⁹⁴.

Alla luce di quanto appena esposto, il diritto internazionale si configura come un ordinamento generale, dal momento che la sua sfera di applicazione *ratione materiae* è virtualmente illimitata, comprendendo tutti i settori effettivi e potenziali d'interazione fra i diversi soggetti giuridici della Comunità internazionale. Gli insiemi di regole internazionali dotati di proprie norme di riconoscimento, di cambiamento e di giudizio, a loro volta, sono qualificabili come ordinamenti particolari e derivati, dal momento che disciplinano un settore delle relazioni internazionali specifico e dal momento che la loro esistenza è riconosciuta e non imposta dal diritto internazionale. Il diritto internazionale, in effetti, riconosce parte delle norme internazionali che compongono un ordinamento particolare, a partire dalla stessa norma di riconoscimento, che normalmente corrisponde ad una fonte di diritto internazionale, ovvero il trattato, ma non ne impone né la creazione, né l'estinzione. In particolare, la creazione di tale norma di riconoscimento è frutto di un'iniziativa spontanea di una parte dei soggetti della Comunità internazionale che decidono di dotarsi di un quadro normativo particolare per tutelare alcuni interessi specifici, mentre la sua estinzione dipende, in ultima istanza, dall'effettività delle norme dell'ordinamento derivato e non dalla loro conformità con le norme del diritto internazionale da cui esse hanno tratto origine. Il problema dell'esistenza ed autonomia degli ordinamenti internazionali particolari rispetto all'ordinamento internazionale generale deve essere, quindi, distinto dal problema della loro validità. In particolare, il fatto che il diritto internazionale non possa determinare l'estinzione di un ordinamento internazionale da lui derivato non significa che non sia possibile attestare, ad esempio di fronte alla Corte internazionale di giustizia, l'invalidità delle norme di quest'ultimo. In effetti, dal punto di vista internazionale, gli ordinamenti particolari non sono altro che trattati ovvero delle fonti di diritto subordinate alle norme imperative di *ius cogens*. Nell'ipotesi in cui le norme del trattato istitutivo di un'Organizzazione internazionale oppure le norme da essa emanate risultassero incompatibili con le norme imperative di diritto internazionale, queste potrebbero essere dichiarate nulle davanti alla Corte internazionale di giustizia, ma potrebbero parimenti continuare a produrre effetti giuridici all'interno dell'ordinamento particolare fintanto che i giudici dell'Organizzazione non pervenissero a loro volta ad una simile constatazione.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 34.

Dopo aver identificato i fattori che consentono di distinguere un ordinamento da un altro ordinamento e aver verificato la possibilità di configurare alcuni insiemi di norme internazionali come ordinamenti particolari dell'ordinamento internazionale, resta da valutare come questi ordinamenti interagiscono e quali norme è possibile utilizzare per disciplinare i conflitti potenziali che possono insorgere fra di essi.

2.3 Rapporti fra ordinamento generale e ordinamenti particolari

Un criterio suggerito dalla dottrina per classificare i rapporti fra ordinamenti giuridici è rappresentato dall'estensione dei rispettivi ambiti di validità temporale, spaziale e materiale⁹⁵. Esso comporta due possibili tipi di relazione:

- a) relazione di esclusione totale;
- b) relazione di esclusione parziale (o inclusione parziale)⁹⁶.

Nel primo caso, gli ordinamenti non hanno in comune nessun ambito di validità. Nel secondo caso, gli ordinamenti hanno in comune almeno due ambiti di validità.

Volendo soffermarsi sui rapporti fra ordinamento giuridico generale ed ordinamento giuridico particolare, è possibile rilevare l'esistenza di una relazione di *esclusione o inclusione parziale* determinata dalla presenza di una parziale sovrapposizione degli ambiti di validità spaziale, temporale nonché materiale. L'ordinamento particolare in effetti disciplina una sfera d'interessi particolari di un gruppo di soggetti del corpo sociale dell'ordinamento generale. L'esistenza di sovrapposizioni materiali fra i due ordinamenti comporta che i comportamenti dei soggetti di entrambi gli ordinamenti possano ricadere sotto la duplice incidenza materiale dell'uno e dell'altro.

In assenza di meccanismi espliciti di assorbimento reciproco quali il rinvio o la recezione⁹⁷, le potenzialità di conflitto derivanti da eventuali sovrapposizioni materiali

⁹⁵ N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 1960, p. 192.

⁹⁶ Norberto Bobbio include in questa prima tipologia di rapporti anche l'ipotesi di inclusione totale in base alla quale l'ambito di validità di un ordinamento è compreso totalmente in quello dell'altro. Secondo Franco Modugno, « una situazione di « inclusione totale di un ordinamento in un altro » è impensabile e rappresenta manifestamente una *contradictio in adiecto*. Perché, se un ordinamento è totalmente incluso in un altro includente e maggiore (...), quello non sarà che una parte, articolazione, sezione dell'altro », F. MODUGNO, *Pluralità degli ordinamenti*, cit., pp. 37-38.

⁹⁷ Il rinvio o rinvio formale è un procedimento in base al quale un ordinamento riconosce la piena validità nel proprio ambito alle norme di un altro ordinamento. L'ordinamento non fa proprio il contenuto delle norme dell'altro ordinamento, ma opera un rinvio alla fonte da cui la norma promana. La recezione o rinvio materiale, invece, è un procedimento in base al quale un ordinamento si appropria del contenuto delle norme di un altro ordinamento. In questo caso, le norme appartengono materialmente al primo ordinamento, ma formalmente al secondo dal momento che sono valide in virtù della norma di

possono essere risolte implicitamente tramite il ricorso al *principio di competenza*⁹⁸. In altri termini, se un determinato comportamento è suscettibile di una duplice e contrastante qualificazione giuridica, esso sarà disciplinato dalla norma dell'ordinamento che trae ad oggetto della propria disciplina esclusiva quella data materia.

In questo caso, la norma dell'ordinamento "incompetente" non è derogata dalla norma dell'ordinamento "competente". Il principio di competenza determina semplicemente la *disapplicazione* della norma del primo in favore della norma del secondo.

Tale meccanismo opera nei confronti dell'ordinamento generale a vantaggio dell'ordinamento particolare nelle materie disciplinate da quest'ultimo e viceversa nei confronti dell'ordinamento particolare a vantaggio dell'ordinamento generale nelle materie assunte da quest'ultimo come irrinunciabili (ad esempio in materia di ordine pubblico)⁹⁹.

Il ritiro dell'ordinamento generale e la corrispondente occupazione dei diversi settori materiali da parte degli ordinamenti particolari si fonda sul presupposto che gli interessi, per la soddisfazione dei quali gli ordinamenti giuridici particolari sono stati costituiti, siano tutelati meglio dai secondi anziché dai primi. Qualora tale presupposto venga meno le norme dell'ordinamento generale saranno applicate al posto di quelle dell'ordinamento particolare. Come sottolinea Franco Modugno «dipende cioè dall'effettività dei diversi ordinamenti, virtualmente contrapposti, la prevalenza sulla materia pretesa comune dell'uno o dell'altro e non già dal fatto che l'uno è generale e l'altro particolare»¹⁰⁰.

La funzione di garanzia che l'ordinamento generale svolge nei confronti degli ordinamenti particolari assume non solo la forma estrema di sostituzione del primo per supplire alle inefficienze dei secondi, ma anche di sussidio per colmare le loro eventuali lacune normative. In effetti, nell'ipotesi in cui la norma dell'ordinamento generale sia rilevante per qualificare una determinata fattispecie che ricade nella sfera di competenza dell'ordinamento particolare e qualora non sia con esso contrastante, essa continua ad essere applicabile contestualmente alla norma particolare. In altri termini, il meccanismo di disapplicazione opera solo nell'ipotesi di netto conflitto fra le norme dei due

riconoscimento del secondo che le ha recepite. Vedi N.BOBbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, cit., p.198 e 206.

⁹⁸ Vedi F.MODUGNO, *Pluralità degli ordinamenti*, cit., p. 51.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 58.

¹⁰⁰ F.MODUGNO, *Pluralità degli ordinamenti*, cit., p. 52.

ordinamenti, ovvero qualora non sia possibile un'interpretazione armoniosa delle due norme confliggenti.

Volendo utilizzare questo modello per interpretare i rapporti fra ordinamento internazionale ed ordinamenti da esso derivati, è possibile rilevare l'esistenza di una relazione d'inclusione o esclusione reciproca, data da una parziale sovrapposizione dell'ambito di validità spaziale (o meglio personale), temporale, nonché materiale. In effetti gli ordinamenti internazionali particolari agiscono contemporaneamente all'ordinamento internazionale e si indirizzano a Stati od organizzazioni che sono a loro volta soggetti di diritto internazionale. Per quanto riguarda la sfera di applicazione *ratione materiae*, l'ordinamento internazionale, essendo un ordinamento a fini generali, disciplina tutti i settori funzionali alla coesistenza pacifica fra i soggetti della Comunità internazionale, ivi comprese le materie oggetto di disciplina specifica da parte dell'ordinamento particolare, mentre quest'ultimo esclude dal suo ambito di validità tutti i campi che non sono rilevanti per la tutela degli interessi per il quale è stato costituito.

Nei settori di sovrapposizione, i rapporti, in termini di riconoscimento di validità, fra norme dell'ordinamento generale e norme dell'ordinamento particolare, possono essere disciplinati esplicitamente da meccanismi quali il rinvio, la recezione e il presupposto o implicitamente dal principio di competenza.

In base a quest'ultimo, le norme di diritto internazionale contrastanti con le norme dell'ordinamento particolare saranno disapplicate qualora vertano su una materia oggetto di disciplina esclusiva da parte di quest'ultimo. Viceversa le norme dell'ordinamento particolare saranno disapplicate se in contrasto con norme, ad esempio norme imperative, che vertono su materie assunte dal diritto internazionale come irrinunciabili.

Il meccanismo di disapplicazione opera solo nell'ipotesi di contrasto insanabile fra le norme dei due ordinamenti. Qualora sia possibile invece un'interpretazione armoniosa delle due regole, entrambe saranno applicabili. Le norme di diritto internazionale, in altri termini, continuano ad essere applicabili nei settori in cui si sovrappongono con quelle degli ordinamenti particolari.

In generale, il diritto internazionale svolge una funzione di tutela e garanzia nei confronti dell'ordinamento particolare. Essa può assumere le vesti di ordinaria integrazione dell'ordinamento particolare, nell'ipotesi di lacune normative, oppure la forma estrema di sostituzione, se quest'ultimo non tutela in modo efficace gli interessi per i quali è stato costituito. Qualora, ad esempio, le norme secondarie particolari di giudizio non siano adeguate per garantire il rispetto delle norme primarie particolari, le norme internazionali

in materia di attuazione della responsabilità potranno essere applicate a titolo sussidiario, e perfino, in caso di netto contrasto con le corrispondenti norme secondarie particolari, a titolo sostitutivo.

Sezione III

Il diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio: ordinamento particolare dell'ordinamento generale internazionale

L'ultima sezione di questo capitolo è dedicata al diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio. La sezione si articola in tre paragrafi. Ciascuno di essi riprende gli strumenti analitici introdotti nella sezione precedente al fine di verificare la loro idoneità a descrivere le caratteristiche del diritto dell'OMC e il suo rapporto con il diritto internazionale.

In particolare, il primo paragrafo illustra le caratteristiche salienti delle norme che istituiscono l'Organizzazione mondiale del commercio al fine di verificare se il diritto dell'OMC è un ordinamento giuridico, secondo la definizione proposta da Hart. Il paragrafo successivo è destinato a chiarire se l'ordinamento dell'OMC possa configurarsi come un ordinamento particolare dell'ordinamento generale internazionale. Infine, l'ultimo paragrafo illustra i rapporti fra norme dell'ordinamento OMC e norme dell'ordinamento internazionale, utilizzando come parametro di riferimento il modello sviluppato nella sezione precedente.

3.1 Il diritto dell'OMC e il concetto di diritto di Hart

Come è stato illustrato nel primo paragrafo della sezione precedente, secondo Hart, un insieme di norme forma un ordinamento giuridico allorché consta non solo di norme primarie che stabiliscono degli obblighi di condotta, ma anche di norme secondarie di riconoscimento, di mutamento e di giudizio. Volendo stabilire se il diritto dell'OMC costituisce un ordinamento giuridico sarà quindi necessario verificare se si compone non solo di norme primarie, ma anche di norme secondarie di riconoscimento, mutamento e giudizio.

Per quanto riguarda la prima categoria di norme, ovvero le norme primarie che stabiliscono a carico degli Stati membri dell'OMC degli obblighi di comportamento, esse corrispondono alle regole di condotta per favorire la liberalizzazione degli scambi incluse negli accordi allegati all'accordo istitutivo dell'OMC¹⁰¹.

¹⁰¹ Vedi l'Allegato 1.A che comprende tutti gli accordi multilaterali relativi al commercio di beni (Accordo generale sulle tariffe doganali e il commercio del 1994, Accordo sull'Agricoltura, Accordo sull'applicazione di misure sanitarie e fitosanitarie, Accordo sui tessili e l'abbigliamento, Accordo sugli ostacoli tecnici agli scambi, Accordo sulle misure relative agli investimenti che incidono sugli scambi

Per quanto riguarda le norme secondarie di riconoscimento¹⁰², la norma sulle fonti è codificata espressamente nel par. 2 dell'art. II dell'Accordo istitutivo dell'Organizzazione mondiale del commercio¹⁰³, ai sensi del quale « Les accords et instruments juridiques connexes repris dans les Annexes 1, 2 et 3 (ci-après dénommés les "Accords commerciaux multilatéraux") font partie intégrante du présent accord et sont contraignants pour tous les Membres »¹⁰⁴.

Il par. 2 dell'art. II codifica non solo la norma di riconoscimento sulle fonti dell'ordinamento OMC, ma anche la norma di riconoscimento sulla sfera di validità spaziale. In effetti, essa stabilisce che tutte le norme prodotte dalle fonti da essa individuate sono vincolanti nei confronti di *tutti* gli Stati che decidono di aderire all'Organizzazione. Questa regola è importante dal momento che introduce per la prima

commerciali, Accordo sull'attuazione dell'art. VII dell'Accordo generale sulle tariffe doganali e del commercio del 1994, Accordo sulle ispezioni pre-imbarco, Accordo relativo alle regole in materia d'origine, Accordo sulle licenze d'importazione, Accordo sulle sovvenzioni pubbliche e le misure compensative, Accordo sulle misure di salvaguardia), l'Allegato 1.B che contiene l'accordo generale sul commercio nei servizi, GATS, l'Allegato 1.C che contiene l'accordo sugli aspetti commerciali dei diritti di proprietà intellettuale, TRIPS. In questa sede non vengono presi in considerazione gli accordi inclusi nell'allegato 4 (gli accordi plurilaterali, ovvero l'accordo sul commercio degli aeromobili civili, l'accordo internazionale sui latticini e l'accordo internazionale sulla carne bovina) dal momento che l'adesione a tali trattati da parte delle parti contraenti dell'OMC non è obbligatoria e l'applicabilità dell'accordo relativo al sistema di soluzione delle controversie è subordinata all'adozione di una decisione da parte dei soggetti che hanno concluso l'accordo plurilaterale (vedi l'Appendice 1 dell'Allegato B). In altri termini, quest'ultima categoria di norme, mancando di omogeneità per quanto concerne i destinatari e l'operatività dei meccanismi istituzionali predisposti dall'OMC, non si presta ad essere analizzata in modo proficuo mediante il concetto di ordinamento giuridico. La sfera materiale delle norme primarie è delineata dall'art. 2 dell'accordo sull'OMC che fa riferimento agli allegati sopra indicati.

¹⁰² Come è stato messo in luce nel paragrafo precedente, le norme secondarie di riconoscimento sono molteplici e equivalgono dal punto di vista interno a :

- le norme sulle fonti, ovvero le norme che indicano i fatti o gli atti capaci di produrre le regole che formano l'ordinamento ;
- le norme sulla validità temporale e spaziale che stabiliscono i limiti di spazio e di tempo all'interno dei quali le norme prodotte dalle fonti autorizzate possono appartenere all'ordinamento;
- le norme sulla giurisdizione, ovvero le norme che indicano i criteri d'interpretazione e di applicazione delle norme appartenenti al sistema in base ai primi due criteri sopra indicati.

¹⁰³ Vedi, a tale proposito, anche D.PALMETER, *The WTO as a Legal System*, in *Fordham International Law Journal*, 2000, p. 447. L'autore, nel verificare se l'Organizzazione mondiale del commercio costituisce un « legal system » secondo il linguaggio di Hart, identifica la norma di riconoscimento dell'ordinamento OMC con il trattato istitutivo stesso dell'OMC, senza operare una distinzione fra norme di riconoscimento sulle fonti, sulla validità spaziale e temporale e sulla giurisdizione : « In the WTO (...) the basic rule of recognition is the treaty text itself. The Members view this text from an internal perspective. They see the text as applicable to them, as providing a reason for their behaviour and as providing justification for their expectations concerning the behaviour of other Members ». L'approccio analitico suggerito da Norberto Bobbio è preferibile dal momento che consente di definire in modo più accurato i confini dell'ordinamento OMC.

¹⁰⁴ Una norma di riconoscimento analoga è prevista per gli accordi plurilaterali ed è codificata nel par. 3 dell'art. II dell'accordo istitutivo dell'OMC ai sensi del quale « Les accords et instruments juridiques connexes repris dans l'Annexe 4 (ci-après dénommés les "Accords commerciaux plurilatéraux") font également partie du présent accord pour les Membres qui les ont acceptés et sont contraignants pour ces Membres. Les Accords commerciaux plurilatéraux ne créent ni obligations ni droits pour les Membres qui ne les ont pas acceptés ».

volta la nozione di «single package»¹⁰⁵, estranea al regime giuridico *à la carte* del GATT 1947¹⁰⁶.

La norma di riconoscimento sulla sfera di validità temporale è disciplinata dall'art. 14 dell'accordo OMC ai sensi del quale «Le présent accord et les accords commerciaux multilatéraux qui y sont annexés entreront en vigueur à la date fixée par les Ministres (...) et resteront ouverts à l'acceptation pendant une période de deux ans suivant cette date à moins que les Ministres n'en décident autrement. Une acceptation intervenant après l'entrée en vigueur du présent accord entrera en vigueur le trentième jour qui suivra la date de ladite acceptation» e dall'art. 15 ai sensi del quale «Tout Membre pourra se retirer du présent accord. Ce retrait (...) prendra effet à l'expiration d'un délai de six mois à compter de la date à laquelle le Directeur général de l'OMC en aura reçu notification par écrit».

Infine, le norme di riconoscimento sulla giurisdizione, ovvero le norme che indicano i criteri d'interpretazione e di applicazione delle norme appartenenti all'ordinamento OMC, sono disciplinate nell'Intesa sulle regole e le procedure che governano la soluzione delle controversie inserita nell'Allegato 2 dell'accordo OMC. In particolare, ai sensi dell'art. 3 dell'Intesa, «Les membres affirment leur adhésion aux principes du règlement des différends appliqués jusqu'ici conformément aux articles XXII et XXIII du GATT de 1947, et aux règles et procédures telles qu'elles sont précisées et modifiées dans le présent mémorandum d'accord. Le système de règlement des différends de l'OMC est un élément essentiel pour assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral. Les Membres reconnaissent qu'il a pour objet de préserver les droits et les obligations résultant pour les Membres des accords visés, et de clarifier les dispositions existantes de ces accords conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public. Les recommandations et décisions de l'ORD ne peuvent pas accroître ou diminuer les droits et obligations énoncés dans les accords visés».

In altri termini, le norme che possono costituire oggetto di ricorso davanti agli organi di soluzione delle controversie dell'OMC corrispondono alle regole individuate dalla norma di riconoscimento sulle fonti. Al tempo stesso, i criteri d'interpretazione delle norme OMC sono desumibili non solo dall'ordinamento OMC, ma anche dall'ordinamento internazionale. L'art. 3, in effetti, fa riferimento alle norme

¹⁰⁵ Vedi J. H. JACKSON, *The World Trade Organization. Constitution and Jurisprudence*, The Royal Institute of International Affairs, London, 1998, p. 38.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 37.

internazionali consuetudinarie sull'interpretazione quale strumento sussidiario per chiarire la portata delle disposizioni degli accordi OMC.

Tenuto conto che l'art. 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati stabilisce come regola generale d'interpretazione di un accordo l'obbligo di tenere conto «de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les Parties», le norme di diritto internazionale cui l'art. 3.2 dell'Intesa fa rinvio non sono solo le norme consuetudinarie sull'interpretazione, ma anche tutte le norme di diritto internazionale generale e pattizio in vigore fra le parti contraenti.

Per quanto riguarda le *norme secondarie di mutamento*, esse sono disciplinate dagli artt. IX e X dell'accordo OMC che individuano sia i soggetti autorizzati a modificare o integrare il diritto OMC (la Conferenza Ministeriale, CM, e il Consiglio Generale, CG), sia le procedure che gli organi decisionali sono tenuti a seguire (la regola generale è quella del *consensus*). Gli strumenti predisposti dal trattato per modificare le norme primarie e le norme secondarie sono essenzialmente cinque. Essi consistono in : decisioni su varie questioni, interpretazioni, clausole derogatorie, emendamenti e negoziazione di nuovi accordi.

Nonostante la funzione di modifica ed integrazione del diritto dell'OMC sia formalmente esercitata da degli organi predisposti dall'accordo istitutivo dell'OMC, ovvero dalla Conferenza ministeriale e dal Consiglio generale, di fatto, essa è controllata dalle parti contraenti¹⁰⁷.

Infine le *norme secondarie di giudizio* sono disciplinate dall'Intesa sulle regole e le procedure che governano la soluzione delle controversie. Formalmente il soggetto titolare del potere di risolvere le controversie fra le parti contraenti è l'Organo di soluzione delle controversie, la cui composizione è analoga a quella del Consiglio generale, al quale spetta, ai sensi dell'art. 2, istituire i panels (art. 6), adottare i rapporti

¹⁰⁷Come ha sottolineato Neil Walker, «the Uruguay Round, (...), chose not to create an autonomous legislative capacity for the new organisation. The means of law-making were instead to remain interstate bargaining in successive rounds of negotiations. (...) in the case of the key executive institution which is recognised by the Agreement, the Ministerial Conference, the voting protocols retain a stronger intergovernmental flavour than they do in the EU Council of Ministers. Consensus remains the norm, although in the absence of consensus some consequential votes, as they do in the Council of Ministers, require a special majority rather than unanimity to pass. Tellingly, however, unlike the Council of Ministers, the one-nation, one-vote rule is retained for the Ministerial Conference, a procedural legacy of the GATT 47's original role as an aggregator rather than a transformer of national voices and interests», vedi N.WALKER, *cit.*, p. 47. Le implicazioni istituzionali derivanti dall'assenza di un vero e proprio legislatore nel quadro dell'OMC che possa esercitare in modo efficiente ed autonomo la funzione normativa sono messe bene in luce da Peter Holmes, che sottolinea il rischio di un eccessivo accentramento del potere decisionale nelle mani dell'Organo di appello, unico soggetto, in sostanza, in grado di adattare ed integrare, per via interpretativa, l'ordinamento, in funzione degli scopi perseguiti dall'OMC. Vedi P.HOLMES, *The WTO and the EU: Some Constitutional Comparisons*, *cit.*, p. 59-80.

dei panels (art. 16), nonché quelli dell'Organo di appello (art. 17). Materialmente tale potere appartiene a quest'ultimi, dal momento che le decisioni dell'Organo di soluzione delle controversie sono adottate quasi automaticamente (possono essere respinte solo tramite *consensus* di tutte le parti contraenti, ivi compresa della parte attrice).

Per quanto riguarda l'esecuzione delle decisioni dell'Organo di soluzione delle controversie, l'art. 22 riconosce alle parti contraenti la possibilità di richiedere delle compensazioni o di sospendere delle concessioni o altri obblighi, qualora le decisioni dell'Organo di soluzione delle controversie non siano rispettate. L'art. 22 disciplina in modo dettagliato le modalità in base alle quali è possibile ricorrere a questo tipo di sanzioni, ma non predispone un meccanismo accentrato di applicazione coercitiva del diritto dell'OMC. In effetti, non solo la scelta di sanzionare l'eventuale inadempimento delle decisioni dell'Organo di soluzione delle controversie è rimessa all'iniziativa delle parti contraenti, ma anche la sua esecuzione¹⁰⁸.

Concludendo, è possibile rispondere positivamente al quesito sollevato all'inizio del paragrafo ed utilizzare il concetto di ordinamento giuridico per qualificare l'insieme di norme che disciplinano l'OMC. In effetti, l'accordo istitutivo dell'OMC e i relativi allegati constano non solo di norme primarie, ma anche di norme secondarie di riconoscimento, di mutamento e di giudizio.

Resta a questo punto da valutare se l'ordinamento OMC non è altro che un'articolazione dell'ordinamento internazionale oppure se questi due insiemi di norme formano due ordinamenti distinti ancorché fra loro collegati.

3.2 *Il diritto dell'OMC: ordinamento particolare dell'ordinamento generale internazionale*

Come è stato messo in luce nella sezione precedente, l'ordinamento OMC si differenzia da quello internazionale in quanto è dotato di un apparato istituzionale che esercita in modo parzialmente accentrato le funzioni di mutamento e di giudizio. Questo dato è importante, ma non è determinante per considerare l'insieme delle norme del primo come

¹⁰⁸ Ai sensi dell'art. 22, l'Organo di soluzione delle controversie ha il potere di autorizzare una o più parti contraenti a prendere delle misure sanzionatorie, e il panel originario investito della controversia può esercitare la funzione di arbitro fra la parte attrice e la parte soccombente per definire l'entità della sanzione e le modalità di esecuzione, però in ultima istanza spetta pur sempre alla parte interessata decidere se dare esecuzione o meno alla decisione dell'Organo di soluzione delle controversie o del panel arbitrale.

un ordinamento giuridico distinto dal secondo. In effetti, le norme dell'OMC potrebbero pur sempre configurarsi come un'articolazione particolarmente evoluta sul piano istituzionale dell'ordinamento giuridico internazionale.

Il fattore saliente per stabilire se le norme OMC formano un ordinamento giuridico distinto rispetto all'ordinamento internazionale è rappresentato invece dalle norme di riconoscimento. Se esiste una divergenza fra le norme di riconoscimento dell'ordinamento internazionale e quelle dell'OMC e se tale differenza è il frutto dell'iniziativa di un gruppo di soggetti della Comunità internazionale che decide autonomamente di dotarsi di un sistema di regole specifico per disciplinare il settore delle relazioni commerciali internazionali, allora è possibile considerare il diritto dell'OMC un sistema giuridico distinto rispetto a quello internazionale.

La comparazione fra le norme di riconoscimento del diritto internazionale e quelle dell'OMC permette di constatare l'esistenza di sovrapposizioni e divergenze. In particolare, la norma di riconoscimento sulle fonti dell'ordinamento internazionale, ovvero il principio *pacta sunt servanda*, individua fra gli atti e i fatti idonei a produrre effetti giuridici vincolanti a carico dei soggetti della Comunità internazionale gli accordi, ivi compresi l'accordo istitutivo dell'OMC e i trattati ad esso allegati, cui la norma di riconoscimento dell'OMC fa riferimento. La norma di riconoscimento sulla validità spazio-temporale dell'ordinamento internazionale, a sua volta, individua una sfera di applicazione tale da abbracciare quella dell'ordinamento OMC¹⁰⁹.

Per quanto riguarda infine la norma di riconoscimento dell'ordinamento internazionale sulla giurisdizione, essa comprende le norme di diritto internazionale generale, pattizio, ivi compresi l'accordo istitutivo dell'OMC e i relativi allegati, e i principi generali del diritto. L'art. 3 dell'Intesa sulla soluzione delle controversie, invece, fa riferimento alle norme dell'accordo istitutivo e degli allegati e menziona le norme di diritto internazionale generale e pattizio vigenti fra le parti contraenti solo quali parametri per chiarire la portata delle norme OMC e non quali regole suscettibili di ricorso davanti agli organi di soluzione delle controversie dell'Organizzazione.

In sintesi, le fonti, la sfera di validità spazio-temporale e i confini di giurisdizione individuati dalle norme di riconoscimento dell'OMC corrispondono in parte a quelli

¹⁰⁹ Dal punto di vista spaziale-personale, tutti gli Stati dell'OMC sono soggetti dell'ordinamento internazionale, mentre non tutti i soggetti dell'ordinamento internazionale appartengono all'ordinamento OMC. Dal punto di vista temporale, l'accordo OMC, essendo entrato in vigore solamente nel 1996, presenta una sfera di applicazione *ratione temporis* solo parzialmente sovrapposta a quella dell'ordinamento internazionale le cui origini risalgono alla pace di Westfalia del 1648.

previsti dalle norme di riconoscimento dell'ordinamento internazionale. Lo stesso non si può dire delle norme di riconoscimento dell'OMC. Le uniche regole internazionali ad essere menzionate infatti sono le norme internazionali generali e pattizie vincolanti fra le parti¹¹⁰, cui è conferito il rango di parametri d'interpretazione delle norme OMC e non quello di vere e proprie fonti dell'ordinamento. In altri termini, il diritto internazionale si configura come un ordinamento giuridico generale che comprende al suo interno l'ordinamento particolare dell'OMC. Le norme dell'OMC costituiscono un vero e proprio ordinamento e non una semplice articolazione del sistema giuridico internazionale, dal momento che, pur essendo riconosciute da quest'ultimo, non sono da esso imposte. Esse formano un ordinamento in quanto sono il risultato dell'iniziativa di un gruppo di soggetti dell'ordinamento internazionale che hanno deciso liberamente ed autonomamente di dotarsi di un sistema specifico di regole per la disciplina delle relazioni commerciali internazionali.

Il fatto che le norme OMC formino un ordinamento giuridico distinto rispetto all'ordinamento internazionale generale non significa che le regole di quest'ultimo non possano svolgere un ruolo in qualità di fonti di diritto all'interno del primo. Al tempo stesso, le condizioni e le modalità d'interazione fra fonti di due ordinamenti distinti sono diverse da quelle previste fra fonti appartenenti al medesimo ordinamento. L'oggetto del prossimo paragrafo consiste proprio nell'esaminare le implicazioni derivanti dall'utilizzazione del concetto di ordinamento sui rapporti fra diritto dell'OMC e diritto internazionale.

3.3 Rapporti fra l'ordinamento particolare dell'Organizzazione mondiale del commercio e l'ordinamento generale internazionale

I rapporti fra ordinamento OMC ed ordinamento internazionale generale possono essere disciplinati espressamente mediante meccanismi di rinvio.

In particolare, le norme internazionali generali potranno operare nel quadro dell'OMC sia in qualità di fonti dell'ordinamento internazionale (rinvio formale) oppure in quanto incorporate in una fonte dell'OMC (rinvio materiale). L'unica ipotesi prevista dall'ordinamento OMC di richiamo esplicito a norme di diritto internazionale generale è

¹¹⁰ Rimangono quindi escluse dalla sfera dell'ordinamento OMC le norme pattizie che non sono vincolanti per tutti gli Stati membri dell'OMC.

rappresentata dall'art. 3.2 dell'Intesa che opera un rinvio materiale alle norme consuetudinarie sull'interpretazione dei trattati¹¹¹.

Difficoltà maggiori sorgono allorché si tratta di valutare se, in assenza di rinvii, le norme dell'ordinamento internazionale possano produrre ugualmente effetti giuridici nel quadro dell'OMC.

Se si accoglie la tesi "monista" di Joost Pauwelyn e di Mariano Garcia-Rubio, la risposta a tale quesito è senz'altro affermativa. In effetti, secondo gli autori, le norme di diritto internazionale generali e particolari spiegano pienamente i loro effetti all'interno

¹¹¹ Vi sono poi una serie di richiami a norme di diritto internazionale particolare che operano un rinvio formale a fonti di altri organismi internazionali oppure un rinvio materiale a norme di altri trattati. L'unica norma del diritto OMC che opera un *rinvio formale* agli atti posti in essere nel quadro di un'altra organizzazione internazionale è l'art. XV del GATT 1994. In particolare, si stabilisce l'obbligo per le Parti contraenti di conformarsi alle conclusioni del FMI sull'esistenza di una riduzione importante delle riserve monetarie di uno Stato membro per stabilire la compatibilità con l'accordo GATT delle misure di restrizione di uno Stato membro destinate a proteggere l'equilibrio della bilancia dei pagamenti.

Le ipotesi di *recezione* ovvero *rinvio materiale* sono più numerose. L'accordo TRIPs è costellato di richiami alle norme della Convenzione di Parigi sulla protezione della proprietà industriale, della Convenzione di Berna sulla protezione delle opere letterarie ed artistiche, della Convenzione di Roma sulla protezione degli artisti interpreti o esecutori, dei produttori di fonogrammi e di organismi di radiodiffusione e del Trattato sulla proprietà intellettuale in materia di circuiti integrati, che i membri dell'OMC sono tenuti a rispettare alle condizioni e secondo le modalità dettate dall'accordo TRIPs medesimo.

L'art. 3 dell'accordo sulle misure sanitarie e fitosanitarie e l'art. 2 par. 5 dell'Accordo sugli ostacoli tecnici agli scambi assumono come parametri di legittimità dei comportamenti degli Stati membri le norme internazionali che disciplinano la protezione della vita e della salute delle persone e degli animali e la preservazione dei vegetali (Ai sensi del par. 2 dell'art. 3 dell'accordo sulle misure sanitarie e fitosanitarie «Les mesures sanitaires ou phytosanitaires qui sont conformes aux normes, directives ou recommandations internationales seront réputées être nécessaires à la protection de la vie et de la santé des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux, et présumées être compatibles avec les dispositions pertinentes du présent accord et du GATT de 1994». Ai sensi del par. 5 dell'art. 2 dell'accordo TBT «Lorsqu'il élaborera, adoptera ou appliquera un règlement technique pouvant avoir un effet notable sur le commerce d'autres Membres, un Membre justifiera, si un autre Membre lui en fait la demande, ce règlement technique au regard des dispositions des paragraphes 2 à 4. Chaque fois qu'un règlement technique sera élaboré, adopté ou appliqué en vue d'atteindre l'un des objectifs légitimes expressément mentionnés au paragraphe 2, et qu'il sera conforme aux normes internationales pertinentes, il sera présumé - cette présomption étant réfutable - ne pas créer un obstacle non nécessaire au commerce international »).

Altre disposizioni menzionano indirettamente le norme della Carta di San Francisco, escludendo la responsabilità degli Stati nell'ipotesi di violazione degli accordi OMC a causa dell'esecuzione degli obblighi derivanti dall'appartenenza alle Nazioni Unite (Vedi l'art. XXI del GATT '94, l'art. XXVI bis del GATS e l'art. 73 dell'accordo TRIPs che stabiliscono tutte «Aucune disposition du présent accord ne sera interprétée comme empêchant un Membre de prendre des mesures en application de ses engagements au titre de la Charte des Nations Unies, en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationales»). I rapporti fra norme OMC e norme internazionali particolari non sono esaminati in questa sede dal momento che l'obiettivo della tesi consiste nell'analizzare le interazioni fra norme internazionali generali sulla responsabilità e norme OMC. Il dibattito dottrinale in materia di rapporti fra OMC ed altri sistemi pattizi è molto articolato. Si veda, a titolo di esempio, P. PICONE, *L'Omc e il diritto internazionale convenzionale*, in P. PICONE e A. LIGUSTRO (a cura di), *Diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, cit., pp. 634-650, Von JAN NEUMANN, *Die Koordination des WTO-Rechts mit anderen völkerrechtlichen Ordnungen, Konflikte des materiellen Rechts und Konkurrenzen der Streitbeilegung*, Dunker & Humblot, Berlin, 2002, e i contributi di JOSÉ E. ALVAREZ, J. TRACHTMAN, D. P. STEGER, J. H. JACKSON, J. BHAGWATI, D. W. LEEBRON, al *Symposium: The Boundaries of the WTO*, in *American Journal of International Law*, 2002, pp. 1-158.

dell'OMC in quanto fonti di diritto del medesimo ordinamento¹¹². In tal caso, l'esistenza di rinvii ha un valore meramente dichiarativo e non costitutivo.

Se si considera invece, l'OMC come un ordinamento speciale dell'ordinamento generale, le norme di quest'ultimo possono produrre effetti giuridici, a prescindere da qualunque rinvio, solo in qualità di fonti *sussidiarie*. A differenza dell'approccio "monista", le norme di diritto internazionale generale non producono *automaticamente* effetti giuridici all'interno dell'ordinamento OMC. Esse possono essere invocate in qualità di fonti di diritto solo nella misura in cui siano funzionali a migliorare la tutela degli interessi per i quali l'Organizzazione mondiale del commercio è stata istituita. Il fatto che le norme di diritto internazionale generale siano fonti di diritto *sussidiarie* ha un'incidenza non solo sull'assenza di automatismo quanto alla loro applicazione, ma anche sulle modalità concrete d'interazione con le norme OMC. Secondo la tesi monista, i rapporti fra norme internazionali e norme OMC sono disciplinati dal principio di successione delle leggi nel tempo e dal principio di specialità. In particolare, in base a quest'ultimo, le norme internazionali non possono produrre effetti giuridici nell'OMC se sono derogate da norme commerciali che sono con esse incompatibili. In base al pluralismo giuridico, il principio di specialità viene sostituito dal principio di competenza. Quest'ultimo si differenzia dal primo dal momento che non produce, per risolvere un conflitto, la deroga di una norma a vantaggio di un'altra, quanto piuttosto la sua non applicazione. Il presupposto per la disapplicazione, a sua volta, non sarà dato dall'esistenza di un conflitto insanabile fra norme OMC e norme internazionali, quanto piuttosto dalla non pertinenza di quest'ultime ai fini della tutela degli interessi specifici dell'Organizzazione. Infine, nell'ipotesi di incompatibilità manifesta fra norme internazionali generali e norme OMC, il principio di competenza, a differenza del principio di specialità¹¹³, permette che una norma internazionale generale si sostituisca ad una norma OMC con essa incompatibile se l'osservanza della seconda mette a rischio l'efficacia dell'intero sistema OMC.

Alla luce del modello appena descritto è possibile verificare se esistono i presupposti per esaminare le interazioni potenziali ed effettive fra norme OMC e norme di diritto

¹¹² Vedi *supra* par. 1.4.

¹¹³ Il principio di specialità non consente una ricaduta nell'ordinamento generale dal momento che parte dal presupposto che sia le fonti OMC che le fonti internazionali fanno parte del medesimo ordinamento. L'incompatibilità manifesta fra queste due fonti quindi determina la deroga definitiva ed irreversibile di una a vantaggio dell'altra.

internazionale generale in materia di responsabilità. In base a quanto è stato detto, quest'ultime possono produrre effetti giuridici nell'ordinamento OMC sia in qualità di parametri interpretativi, in virtù del rinvio operato dall'art. 3.2 dell'Intesa, sia in qualità di vere e proprie fonti di diritto. Nel primo caso, le norme internazionali in materia di responsabilità possono essere utilizzate per chiarire la portata delle corrispondenti norme OMC. Nel secondo, l'apertura dell'ordinamento OMC a norme internazionali sulla responsabilità non riconducibili a quelle previste espressamente dagli accordi, è possibile, ma è subordinata all'esigenza di migliorare la protezione giuridica degli interessi per i quali è stata creata l'Organizzazione.

Si pone quindi il problema d'identificare questi interessi e di valutare entro che misura il regime previsto dal diritto internazionale in materia di responsabilità sia funzionale alla loro protezione.

Come è stato messo bene in luce da Charnovitz, «one of the biggest challenges facing the World Trade Organization is to determine its own mission»¹¹⁴. L'autore ricorre ad un approccio analitico e raggruppa le diverse finalità dell'Organizzazione in tre categorie che riflettono i diversi ambiti in cui opera l'OMC: i rapporti fra Stati, fra Stato e individui e fra Organizzazioni intergovernative.

Nella prima categoria gli obiettivi perseguiti dai governi nelle relazioni *inter se* sono: l'apertura reciproca dei mercati (*Cooperative Openness*), la definizione di standard uniformi per la regolamentazione del mercato (*Harmonization*), un trattamento commerciale più equo fra gli Stati (*Fairness*), la migliore prevedibilità delle interferenze statali negli scambi commerciali (*Risk Reduction*)¹¹⁵.

Dal punto di vista dei rapporti fra parti contraenti e privati, l'OMC è funzionale, da un lato, ad impedire alla classe politica nazionale di agire in funzione delle pressioni delle singole lobbies nazionali a scapito degli interessi commerciali nazionali (*Self-Restraint*), dall'altro, a giustificare scelte di politica commerciale osteggiate da segmenti importanti dell'elettorato nazionale (*Coalition Building*)¹¹⁶.

Infine, dal punto di vista dei rapporti fra Organizzazioni internazionali, la missione può essere dedotta dall'accordo istitutivo dell'OMC (*Trade Functionalism*), oppure può essere individuata in funzione dei rapporti di interdipendenza con altre organizzazioni

¹¹⁴ S.CHARNOVITZ, *Triangulating the World Trade Organization*, in *The American Journal of International Law*, 2002, p. 28.

¹¹⁵ Vedi S.CHARNOVITZ, *cit.*, p. 36.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 43.

intergovernative (*Comparative Institutionalism*)¹¹⁷. Nel primo caso l'autore fa riferimento all'approccio funzionalista in base al quale ogni organizzazione ha un compito specifico da svolgere. Nel caso dell'OMC, la missione «is self-evident. It's about trade». Spetterà poi ai governi che hanno istituito l'organizzazione chiarire la nozione di politica commerciale. Nel secondo caso, si parte dal presupposto che esistono rapporti di cooperazione e concorrenza fra organizzazioni intergovernative e che gli obiettivi di ciascuna possono sovrapporsi con quelli perseguiti dalle altre. Per identificare quindi la missione dell'OMC sarà necessario tenere conto non solo del suo accordo istitutivo, ma anche delle interazioni concrete esistenti con altre organizzazioni competenti in settori affini.

Tutte queste finalità hanno in comune il fatto che perseguono un interesse collettivo e non la somma di interessi delle singole parti contraenti. Il rispetto delle norme dell'OMC che disciplinano le modalità per realizzare questi obiettivi e non la protezione degli interessi materiali e morali di ciascun Stato membro è quindi la *ratio* su cui si fonda il regime di responsabilità previsto dall'Organizzazione mondiale del commercio.

Questo dato è estremamente importante per chiarire il margine d'apertura dell'ordinamento OMC alle norme internazionali sulla responsabilità. Quest'ultime, in effetti, da un lato, hanno come finalità il ripristino della legalità¹¹⁸, dall'altro, svolgono una funzione di riparazione dei danni soggettivi derivanti dall'illecito¹¹⁹.

Nel primo caso, esse possono senz'altro integrare le norme sulla responsabilità previste dagli accordi OMC, dal momento che sono funzionali a favorire il rispetto delle norme OMC e *mutatis mutandis* degli interessi comuni per la tutela dei quali è stata istituita l'Organizzazione. Nel secondo caso, esse non sono rilevanti per realizzare la missione dell'OMC e in quanto tali non possono spiegare effetti giuridici all'interno di tale ordinamento.

La validità dell'interpretazione ivi avanzata sarà vagliata nei prossimi capitoli attraverso l'esame delle norme degli accordi OMC, dei rapporti dei panel e dell'Organo di appello rilevanti in materia di responsabilità. In particolare, utilizzando come parametro di riferimento il testo sulla responsabilità internazionale degli Stati elaborato dalla

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 47.

¹¹⁸ Vedi a tale proposito P.-M. DUPUY, *Responsabilité et légalité*, in *La responsabilité dans le système international, colloque du Mans*, Société française pour le droit international, Pedone, Paris, 1990, pp. 263-297.

¹¹⁹ Vedi E. DECAUX, *Responsabilité et réparation*, in *La responsabilité dans le système international, colloque du Mans, cit.*, pp. 147-191.

Commissione di diritto internazionale¹²⁰, si cercherà di valutare se esiste una corrispondenza fra tali norme e le norme OMC disciplinate dall'Intesa e dai singoli accordi OMC, se i panel e l'Organo di appello si sono avvalsi di tale testo come sussidio interpretativo per le corrispondenti norme OMC e se le norme internazionali sulla responsabilità statale che non sono richiamate da norme OMC sono state o avrebbero potuto essere applicate in qualità di fonti di diritto autonome all'interno di tale ordinamento.

¹²⁰ Questo testo è stato adottato in seconda lettura dalla Commissione di diritto internazionale, durante i lavori della Cinquantatreesima sessione, il 26 luglio 2001 (Doc. A/CN.4/L.602/Rev.1) e dall'Assemblea generale delle Nazioni unite, sotto forma di Risoluzione, il 12 dicembre 2001 (Res. A/56/83).

CAPITOLO II
L'ORIGINE DELLA RESPONSABILITÀ NELL'ORDINAMENTO
INTERNAZIONALE GENERALE E NELL'ORDINAMENTO OMC: L'ELEMENTO
SOGGETTIVO

Volendo esaminare i rapporti esistenti fra diritto internazionale e diritto dell'OMC in materia di responsabilità statale, vale la pena seguire, per motivi di chiarezza espositiva, le orme tracciate dalla CDI nel testo di codificazione ed iniziare, perciò, tale analisi focalizzando l'attenzione sul tema dell'imputazione.

Tenuto conto che lo Stato, in quanto persona giuridica, non è fisicamente capace di porre in essere un comportamento, l'unica azione od omissione che è possibile attribuirgli è quella di un individuo o di un gruppo d'individui. In altri termini, lo Stato ha bisogno di persone fisiche la cui volontà e le cui azioni sono attribuibili sul piano naturale ad individui e sul piano giuridico alla collettività. L'imputazione allo Stato, quindi, si traduce in un'operazione di mero collegamento giuridico che non presuppone alcun legame di causalità naturale o psicologica fra soggetto e comportamento¹. Al tempo stesso, al fine di delimitare la nozione di Stato, il diritto internazionale è chiamato a confrontarsi con la struttura di poteri che si è venuta affermando nel corso dei secoli all'interno di ciascun ordinamento nazionale, in modo tale da trarne le conseguenze appropriate per disciplinare i rapporti interstatali nella sfera delle relazioni internazionali. Se si considera che le finalità perseguite dal diritto internazionale, nella disciplina dei rapporti interstatali, sono molteplici e variano in funzione dell'area d'intervento, si potrebbe ipotizzare che anche il contenuto delle regole in materia d'imputazione cambia a seconda del settore materiale di riferimento. Nel diritto del commercio internazionale quest'eventualità è ancora più probabile dal momento che la finalità di quest'insieme di regole consiste nel favorire la libertà degli scambi fra privati, riducendo il più possibile il margine d'ingerenza dell'apparato statale, obiettivo, quest'ultimo, antitetico rispetto allo scopo, tradizionalmente perseguito dal diritto internazionale generale, di proteggere la

¹Quest'impostazione normativa dell'imputazione, per altro, non è condivisa da tutta la dottrina. In particolare, secondo Arangio-Ruiz l'imputazione non è un'operazione giuridica, ma semplicemente una registrazione di una struttura di fatto esistente. In effetti, lo Stato, in quanto soggetto primario di diritto internazionale precede l'ordinamento internazionale come fatto storico e non può quindi essere determinato dalle regole di questo ordinamento. Vedi, GARANGIO-RUIZ, *State fault and the Forms and Degrees of International Responsibility: Questions of Attribution and Relevance*, in *Melanges Virally*, Parigi, 1991, p. 25 ss. A tale proposito, non si può non condividere l'osservazione di Kelsen, secondo il quale, nonostante lo Stato preceda storicamente l'ordinamento internazionale, il diritto internazionale logicamente deve determinare cos'è lo Stato e quali sono le condizioni per considerare gli atti degli individui come degli atti statali.

sovranità statale². Se questo è vero, il diritto del commercio internazionale dovrebbe contemplare un insieme a sé stante ed autosufficiente di regole in materia d'imputazione funzionale a soddisfare le esigenze specifiche di questo settore. In tal caso, i rapporti fra diritto dell'OMC e diritto internazionale generale sarebbero tali da escludere qualunque interazione e il concetto più adeguato per giustificare l'assenza di relazione sarebbe quello di regime autosufficiente che è stato ampiamente criticato nella prima sezione del capitolo precedente.

In realtà, l'analisi dell'elemento soggettivo dell'illecito condotta in questo capitolo permetterà di constatare che il diritto dell'OMC presenta in molti casi regole analoghe a quelle contemplate dal diritto internazionale generale, così come lacune suscettibili di essere integrate dalle norme codificate nel secondo capitolo del testo della Commissione di diritto internazionale.

Lo scopo di questo esame consiste nel mettere in luce i contributi potenziali derivanti dalla scelta di considerare il diritto dell'OMC aperto nei confronti del diritto internazionale generale al fine di scartare l'ipotesi che tale insieme di regole possa configurarsi come un regime autosufficiente. Al tempo stesso, l'assenza, nella prassi, di rinvii espliciti al diritto internazionale generale quale fonte sussidiaria, non consente di verificare immediatamente i vantaggi specifici derivanti dall'utilizzazione del concetto di ordinamento particolare per descrivere i rapporti fra diritto internazionale e diritto dell'OMC rispetto agli altri concetti elaborati dalla dottrina che presuppongono a loro volta un'apertura dei diritti derivati nei confronti del sistema internazionale³.

² Vedi, a tal proposito, D. M. McRAE, *The Contribution of International Trade Law to the Development of International Law*, R.C.A.D.I., vol. 260, 1996, pp. 99-238.

³ Quest'aspetto sarà esaminato soprattutto nei capitoli IV e V.

Sezione I

Lo Stato ed il suo apparato

Questa sezione esamina le condizioni previste dal diritto internazionale generale e dal diritto dell'OMC per attribuire allo Stato i fatti posti in essere da tutti i soggetti facenti parte del suo apparato, inteso in senso lato, in modo tale da comprendere non solo gli enti del governo centrale, territoriale e locale (par. 1.1), ma anche gli enti parastatali (par.1.2). Lo scopo di quest'analisi consiste nel verificare se esistono divergenze fra i regimi contemplati da due ordinamenti e se il diritto dell'OMC potrebbe beneficiare di un'eventuale integrazione tramite l'applicazione a titolo sussidiario delle regole previste dal diritto internazionale generale.

1.1. Attribuzione allo Stato del comportamento dei suoi organi

Il secondo capitolo del testo sulla responsabilità internazionale dello Stato per fatto illecito si apre con l'art.4 ai sensi del quale:

«1. Le comportement de tout organe de l'État est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international, que cet organe exerce des fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autres, quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'État, et quelle que soit sa nature en tant qu'organe du gouvernement central ou d'une collectivité territoriale de l'État.

2. Un organe comprend toute personne ou entité qui a ce statut d'après le droit interne de l'État».

In base a questa disposizione, sono attribuibili allo Stato tutte le azioni o omissioni dei suoi organi *de iure*, ovvero di tutte le persone o entità che agiscono in qualità di organi statali in base al diritto interno, a prescindere dal principio di separazione dei poteri, del carattere centrale, regionale o locale dell'organo, della sua posizione gerarchica e dell'attività che svolge. Il punto di partenza per identificare gli organi statali è il diritto interno. Il diritto internazionale si limita a stabilire un collegamento giuridico tra quest'ultimi e lo Stato stesso. Il tributo pagato dal diritto internazionale agli ordinamenti nazionali per l'identificazione degli organi statali deriva dalla necessità di salvaguardare il diritto inalienabile di qualunque Stato ad autorganizzarsi⁴. Al tempo stesso, la

⁴ Vedi, a tale proposito, LUIGI CONDORELLI, *L'imputation à l'État d'un fait internationalement illicite: solutions classiques et nouvelles tendances*, R.C.A.D.I., vol. 189, 1984, pp. 28-29. Secondo Condorelli, il

subordinazione del diritto internazionale nei confronti del diritto interno è solamente parziale. In effetti, esistono regole internazionali che hanno un'incidenza indiretta⁵ e, talvolta, diretta⁶ sull'organizzazione statale. Esse possono vertere sulle modalità di assunzione ed esecuzione degli obblighi internazionali, così come sull'identificazione dei soggetti da cui scaturisce la responsabilità statale⁷. Per quanto riguarda la seconda ipotesi, l'esistenza di una competenza concomitante del diritto interno e del diritto internazionale per la definizione della nozione di organo statale è desumibile dal dettato stesso del par.2 dell'art. 4. In effetti, la scelta di ricorrere al verbo *comprendere* riflette una volontà precisa di non considerare il diritto interno un parametro esclusivo per la designazione di una persona come organo statale. Il commento all'art. 4 conferma tale interpretazione, senza, peraltro, fare espressamente riferimento al diritto internazionale quale fonte complementare. In particolare, si limita a menzionare la prassi, i poteri dell'entità considerata, la sua relazione con altre entità e il senso generale della parola organo in base all'art. 4⁸. Questa chiave di lettura non impedisce comunque di chiamare in causa il diritto internazionale. Al contrario, quest'ultimo rappresenta la rete fondamentale che permette di tenere insieme tutti questi elementi e di prenderli in

diritto ad autorganizzarsi non è altro che uno degli attributi principali della sovranità. L'uso del concetto "diritto" soggettivo in questo contesto è appropriato a condizione di applicarlo solamente in riferimento alla protezione di un'organizzazione statale e non alla sua esistenza. In effetti, la struttura politica economica e sociale di uno Stato è il risultato di un processo storico completamente autonomo rispetto al diritto internazionale. Quest'ultimo si limita soltanto a proteggere, tramite le sue regole, l'indipendenza di un sistema statale, la cui organizzazione interna non è altro che un dato di fatto.

⁵ L'esecuzione di alcune norme internazionali può comportare l'obbligo a carico dello Stato di modificare la sua organizzazione interna. Nel settore dei diritti dell'uomo, ad esempio, ci sono numerose norme che obbligano lo Stato a dotarsi di una struttura giudiziaria indipendente, imparziale, con doppio grado di giurisdizione. Vedi L.CONDORELLI, *cit.*, pp. 29-32.

⁶ Le norme internazionali che disciplinano le relazioni diplomatiche hanno come oggetto la definizione di criteri d'identificazione della sfera di competenze e dei poteri di un organo specifico dello Stato, ovvero l'agente diplomatico. Vedi L.CONDORELLI, *cit.*, pp. 33-36.

⁷ L'opportunità di tale distinzione è sottolineata nel commento in cui si precisa che «La question de l'attribution d'un comportement à l'État aux fins de la responsabilité est à distinguer d'autres processus du droit international par lesquels certains organes sont autorisés à contracter des engagements au nom de l'État. Ainsi, le chef de l'État ou de gouvernement ou le Ministre des affaires étrangères sont réputés être habilités à représenter l'État sans avoir besoin de produire des pleins pouvoirs. De telles règles n'ont rien à voir avec l'attribution aux fins de la responsabilité», vedi il Commento al capitolo II, riprodotto nel Rapporto della Commissione di diritto internazionale, Cinquantatreesima sessione, Ginevra, 23 aprile-1 giugno e 2 luglio-10 agosto 2001, Doc. A/56/10, p. 85, disponibile on line presso il sito internet: <http://www.un.org/law/ilc/archives>.

⁸ «La qualification d'un organe comme tel par le droit interne s'impose. Toutefois, il ne suffit pas de se référer au droit interne pour déterminer le statut d'un organe de l'État. Dans certains systèmes, le statut et les fonctions des diverses entités sont définis non seulement par la loi mais aussi par la pratique, et se reporter exclusivement au droit interne peut induire en erreur. De plus, la loi nationale peut être laconique, voire muette, quant aux entités qui ont le statut d' "organe". Dans ce cas, les pouvoirs de l'entité considérée et sa relation avec d'autres entités en vertu du droit interne entreront en ligne de compte pour sa qualification en tant qu' "organe", mais le droit interne en lui même ne permettra pas d'opérer cette classification. Et même, s'il le permet, le mot "organe" peut avoir en droit interne un sens particulier et non celui, très général, qu'il a l'article 4», vedi il commento all'art. 4, pp. 94-95.

considerazione per stabilire un legame normativo tra di loro e la nozione giuridica di organo. Il problema consiste piuttosto nell'identificare le regole di diritto internazionale che disciplinano la nozione di organo statale, nel definire il loro contenuto e nel chiarire la relazione esistente in quest'ambito fra diritto internazionale e diritto interno. L'art. 4 e il relativo commento sono evasivi al riguardo. Essi riconoscono un margine d'intervento al diritto internazionale nel settore riservato dell'organizzazione dei poteri statali senza però specificare la *ratio*, la portata e le conseguenze di quest'incursione. Quest'indeterminatezza, dovuta all'assenza di prassi in materia⁹, non impedisce comunque di considerare il principio enunciato al par.2 dell'art. 4 del testo sulla responsabilità un indice importante dello *sviluppo* di una norma che attribuisce al diritto internazionale un ruolo sussidiario nella definizione del concetto di organo statale.

Per quanto riguarda il diritto dell'OMC non ci sono regole generali che disciplinano l'attribuzione alle parti contraenti dei comportamenti dei loro organi o che definiscono la portata della nozione di organo di uno Stato membro. Sia l'accordo istitutivo dell'OMC, sia l'Intesa di soluzione delle controversie ricorrono ad espressioni quali parti contraenti o Membri per definire i destinatari degli obblighi primari e secondari derivanti dalla ratifica di questi accordi senza precisare la portata delle due nozioni. Tuttavia, passando in rassegna gli accordi materiali allegati, è possibile individuare alcune norme che contribuiscono a chiarire la portata di queste espressioni. In particolare, l'articolo XXIV, par. 12 del GATT'47 stabilisce che : «Chaque partie contractante prendra toutes mesures

⁹ A tale proposito, è interessante sottolineare che il progetto di articoli del 1996, facendo riferimento al diritto interno, in qualità di fonte statale, non utilizzava il verbo comprendere (in base all'art. 5 del Progetto di articoli del 1996 « Aux fins de présents articles est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international le comportement de tout organe de l'État ayant ce statut d'après le droit interne de cet État »). In altri termini, il diritto interno era considerato la sola fonte di riferimento per l'identificazione dei soggetti appartenenti all'apparato statale. Solo alcuni autori hanno tentato di allargare la nozione facendo riferimento alle persone appartenenti all' "organizzazione effettiva" o "di fatto" dello Stato (vedi MORELLI, *Nozioni di diritto internazionale*, Cedam, Padova, 1967, p. 343 e SERENI, *Diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 1960, vol. III, p. 1507), ma queste soluzioni non sono state accolte dalla Commissione di diritto internazionale. Come ha sottolineato Roberto Ago, nel suo terzo rapporto « Sans doute le droit international s'inspire-t-il en général d'un critère d'effectivité, et sans doute ce critère se trouve-t-il aussi à la base de ses déterminations en ce qui concerne l'attribution d'un comportement à l'État. Mais cette attribution, (...) est sans incidence sur l'«organisation» de l'État et n'implique nullement l'existence d'une organisation «effective» à côté de l'organisation «juridique». Ajoutons que, du point de vue normatif (...), l'emploi de la formule «organisation effective» ne se révélerait d'aucune utilité, car il resterait également à déterminer concrètement ce qu'on devrait entendre par organisation effective, et en quoi cette organisation se distinguerait de celle qui existe en vertu des règles de droit » (Vedi *Troisième rapport sur la responsabilité des États de la Commission de droit international. Le fait internationalement illicite de l'État source de responsabilité internationale*, in RAGO, *Scritti sulla responsabilità internazionale degli Stati*, vol. II, 1, Jovene, Camerino, 1986, p. 457). La versione finale dell'anno 2001 dell'articolo dedicato al comportamento degli organi statali non codifica quindi una norma consuetudinaria già sanzionata dalla prassi statale ma piuttosto sembra cristallizzare un'evoluzione che non si è ancora conclusa del diritto internazionale della responsabilità.

raisonnables en son pouvoir pour que, sur son territoire, les gouvernements et administrations régionaux et locaux observent les dispositions du présent Accord»¹⁰. Questa disposizione sembra introdurre, nel quadro del GATT, un regime diverso rispetto a quello previsto dalla regola generale di diritto internazionale codificata nell'art. 4 del testo sulla responsabilità. In particolare, come è stato sottolineato prima, in base al diritto internazionale generale, il comportamento di qualunque organo statale, governativo o amministrativo, federale, regionale o locale si configura come un fatto dello Stato. In altri termini, il diritto internazionale generale stabilisce un'identità stretta tra le entità menzionate nell'art. XXIV par. 12, ovvero i governi e le amministrazioni regionali e locali, da un lato, e ciascun Stato membro dall'altro. Al contrario, il dettato del par. 12 dell'art. XXIV sembra concepire i governi e le amministrazioni regionali e locali come dei soggetti distinti rispetto alle parti contraenti. In effetti, in base a questa disposizione, lo Stato sarebbe responsabile solamente per non aver controllato sufficientemente i comportamenti delle sue entità territoriali, ma non per gli atti compiuti da quest'ultime. Questa possibilità d'imputazione secondaria per carenza di prevenzione non è estranea al diritto internazionale, ma riguarda esclusivamente i fatti posti in essere da privati¹¹. L'accordo GATT'47, al contrario, sembra applicare questa regola d'imputazione a soggetti diversi dai privati, ovvero ad organismi territoriali titolari di poteri pubblici.

In realtà, anche se la formulazione della norma di attribuzione contenuta nel par. 12 dell'art. XXIV è notevolmente diversa dalla regola internazionale corrispondente, l'interpretazione che le parti contraenti hanno dato di questa disposizione in occasione dell'adozione del GATT'94 contribuisce a colmare questa distanza. In effetti, nell'Intesa interpretativa dell'art. XXIV allegata al GATT'94, le parti contraenti, «reconnaissant la nécessité d'une communauté de vues concernant les obligations des Membres au titre du

¹⁰ Nel GATT'47 c'è un'altra disposizione che contribuisce a delimitare la sfera dei destinatari degli obblighi previsti dall'accordo, ovvero l'art. XVII, la cui portata è specificata nell'Intesa interpretativa dell'art. XVII. Tenuto conto del fatto che tale disposizione disciplina lo statuto delle imprese commerciali pubbliche, sarà esaminata nel paragrafo successivo relativo all'art. 5 del testo sulla responsabilità internazionale dello Stato.

¹¹ Questa regola non è codificata esplicitamente nel testo di articoli sulla responsabilità, ma il commento al capitolo II vi fa riferimento: «le comportement de personnes privées n'est pas en tant que tel attribuable à l'État. Cette règle a été établie par exemple dans l'affaire Tellini de 1923». In particolare, il Comitato dei giuristi al quale il Consiglio di Sicurezza sottomise l'esame del caso dichiarò «La responsabilité d'un État, pour crime politique commis sur la personne des étrangers sur son territoire, ne se trouve engagée que si cet État a négligé de prendre toutes les dispositions appropriées en vue de prévenir le crime et en vue de la poursuite, de l'arrestation et du jugement du criminel», p. 84. Per un'analisi di questa regola vedi il par. 2.2 di questo capitolo.

paragraphe 12 de l'article XXIV »¹², hanno specificato la sua portata dichiarando che ciascun Stato è «pleinement responsable de l'observation de toutes les dispositions du GATT de 1994». L'avverbio pienamente sembra fare riferimento implicitamente all'esistenza di una responsabilità primaria, e non secondaria per negligenza, dello Stato per tutti i fatti illeciti compiuti dai suoi organi, enti territoriali compresi. Quest'interpretazione è confermata dal par. 14 della stessa Intesa che precisa che le regole relative alla soluzione delle controversie, «pourront être invoquées pour ce qui est des mesures affectant l'observation du GATT de '94 prises par des gouvernements ou administrations régionaux ou locaux sur le territoire d'un Membre». Al tempo stesso, è possibile constatare ancora una certa esitazione da parte delle parti contraenti nello stabilire un'identità completa tra entità territoriali e soggetto statale. In effetti, nel par. 13 si precisa che lo Stato «prendra toutes mesures raisonnables en son pouvoir pour que, sur son territoire, les gouvernements et administrations régionaux et locaux observent lesdites dispositions». In base a questa precisazione, il regime di responsabilità dello Stato per gli atti compiuti dalle amministrazioni regionali e locali è alterato dal riferimento all'obbligo di diligenza già contemplato dal par. 12 dell'art. XXIV del GATT'47. In realtà, questa precisazione non fa che creare a carico dello Stato un obbligo aggiuntivo che non si sostituisce, ma piuttosto si somma a quello preesistente avente per oggetto immediato il rispetto delle disposizioni dell'accordo. La scelta di considerare i Membri responsabili diretti degli atti delle loro entità territoriali è confermata dal par. 14, che facendo riferimento alle violazioni commesse da quest'ultimi attribuisce allo Stato gli obblighi secondari derivanti dai fatti illeciti compiuti da quest'ultimi¹³.

Riferimenti all'organizzazione dello Stato ai fini della delimitazione *ratione personae* della sfera di applicazione degli obblighi convenzionali sono rinvenibili anche in altri

¹² Preambolo dell'Intesa interpretativa dell'art. XXIV dell'accordo GATT'94.

¹³ In base al par. 14 «lorsque l'Organe de règlement des différends aura déterminé qu'une disposition du GATT de 1994 n'a pas été observée, le Membre responsable prendra toutes mesures raisonnables en son pouvoir pour que ladite disposition soit observée (corsivo aggiunto)». L'esigenza di tenere conto dell'organizzazione interna dello Stato al fine di stabilire la sua responsabilità, quindi cede il passo alla necessità di garantire il rispetto del diritto internazionale. Questa priorità è assoluta, come è stato sottolineato, quando si tratta d'identificare il soggetto responsabile. Essa, tuttavia è relativa quando bisogna cancellare le conseguenze del fatto illecito. In effetti, il par. 14 sottolinea che lo Stato, al fine di obbligare le amministrazioni regionali e locali ad osservare la disposizione violata deve prendere tutte le misure ragionevoli «en son pouvoir». In particolare, «les dispositions relatives à la compensation et à la suspension de concessions ou autres obligations s'appliquent dans les cas où il n'a pas été possible de faire observer une disposition». Questa diversificazione di contenuto della responsabilità in funzione del soggetto che la fa sorgere riflette una presa di coscienza da parte dei redattori dell'accordo GATT dei limiti derivanti dall'organizzazione interna di ciascun membro per far valere la sua responsabilità. Per un'analisi più generale delle norme del GATT che disciplinano il contenuto della responsabilità vedi il capitolo IV.

accordi allegati¹⁴. A tale proposito, è necessario distinguere fra accordi che si rivolgono a qualunque organismo pubblico appartenente all'apparato statale di un Membro e quelli che riprendono la formula utilizzata nel GATT'47 e che stabiliscono un regime giuridico diverso in funzione della natura centrale o locale dell'ente statale interessato. Nella prima categoria è possibile collocare solamente l'accordo sulle sovvenzioni pubbliche e le misure compensative¹⁵, mentre la seconda comprende alcuni accordi dell'allegato 1A, ovvero l'accordo sulle misure sanitarie e fitosanitarie¹⁶, l'accordo sugli ostacoli tecnici al commercio,¹⁷ l'accordo generale sul commercio dei servizi dell'allegato 1B¹⁸ e l'accordo plurilaterale dell'allegato 4 relativo al commercio di aerei civili¹⁹.

¹⁴ Questa rassegna di disposizioni che contengono riferimenti che precisano la nozione di Membro non tiene conto delle norme che s'indirizzano a soggetti diversi dai governi centrali e locali, ovvero ad imprese commerciali statali, dal momento che saranno esaminate nel paragrafo seguente dedicato all'art. 5 del testo sulla responsabilità internazionale dello Stato.

¹⁵ In base all'articolo 1.1 a)1) «une subvention sera réputée exister s'il y a une contribution financière des pouvoirs publics ou de tout organisme public du ressort territorial d'un Membre (dénommés dans le présent accord les "pouvoirs publics")».

¹⁶ In base all'art.13 «Les Membres sont pleinement responsables au titre du présent accord du respect de toutes obligations qui y sont énoncées. Les Membres élaboreront et mettront en oeuvre les mesures et des mécanismes positifs pour favoriser le respect des dispositions du présent accord par les institutions autres que celles du gouvernement central. Ils prendront toutes mesures raisonnables en leur pouvoir pour faire en sorte que (...) les organismes régionaux dont des entités compétentes de leur ressort territorial sont membres, se conforment aux dispositions pertinentes du présent accord. En outre, ils ne prendront pas de mesures qui aient pour effet, directement ou indirectement, d'obliger ou d'encourager ces entités régionales (...), ou les institutions publiques locales, à agir d'une manière incompatible avec les dispositions du présent accord».

¹⁷ Gli articoli 2 e 3 definiscono gli obblighi dei Membri in materia di elaborazione, adozione e applicazione dei regolamenti tecnici, distinguendo rispettivamente tra istituzioni del governo centrale (art.2) ed istituzioni pubbliche locali (art.3). Parimenti, gli articoli 5 e 6 disciplinano le procedure di valutazione di conformità e di riconoscimento da parte delle istituzioni del governo centrale, mentre l'articolo 7 definisce le procedure di valutazione di conformità che devono essere osservate dalle istituzioni pubbliche locali. In oltre, l'art. 4 specifica gli obblighi dei membri nei confronti delle istituzioni che svolgono attività normativa del loro governo centrale, così come degli organismi regionali («Les Membres feront en sorte que les institutions à activité normative de leur gouvernement central acceptent et respectent le Code de pratique (...). Ils prendront toutes mesures raisonnables en leur pouvoir pour faire en sorte que les institutions publiques locales et organismes non gouvernementaux à activité normative de leur ressort territorial, ainsi que les organismes régionaux à activité normative dont eux-mêmes ou l'un ou plusieurs des institutions ou organismes de leur ressort territorial sont membres acceptent et respectent ce Code de pratique. En outre, les Membres ne prendront pas de mesures qui aient pour effet, directement ou indirectement, d'obliger ou d'encourager lesdits institutions ou organismes à activité normative à agir d'une manière incompatible avec le Code de pratique. Les obligations des Membres en ce qui concerne le respect par les institutions ou organismes à activité normative des dispositions du Code de pratique seront d'application qu'une institution ou un organisme à activité normative ait ou non accepté le Code de pratique». Infine, nell'allegato, l'accordo, ai punti 6 e 7 precisa che "institution du gouvernement central" significa «Le gouvernement central, ses ministères ou ses services et tout autre organisme soumis au contrôle du gouvernement central pour ce qui est de l'activité dont il est question» e che per "institution publique locale" s'intende «pouvoirs publics autres que le gouvernement central (par exemple, les autorités des états, provinces, Länder, cantons, communes, etc.), leurs ministères ou services, ou tout organisme soumis au contrôle de ces pouvoirs publics pour ce qui est de l'activité dont il est question».

¹⁸ In base all'articolo 1.par.3 a), per misure dei Membri s'intende «de mesures prises par: des gouvernements et administrations centraux, régionaux ou locaux; (...) dans la mise en oeuvre de ses obligations et engagements au titre de l'Accord, chaque Membre prendra toutes mesures raisonnables en

Infine, l'accordo plurilaterale sugli appalti pubblici non prevede una regola generale che definisce la nozione di parte contraente, ma è integrato da un'appendice in cui ciascun Membro stabilisce una lista di entità del governo centrale e dei governi subcentrali che sono obbligati a rispettare il trattato²⁰.

In generale, le riflessioni formulate in merito all'accordo GATT possono essere estese a tutti gli accordi multilaterali dell'allegato 1A. In effetti, tali accordi, o non precisano la nozione di Membro, o fanno riferimento al termine vago di organismo pubblico, o stabiliscono una distinzione analoga a quella prevista dal par. 12 dell'art. XXIV. In tutti e tre i casi non esiste una contraddizione manifesta tra l'accordo GATT'94, da un lato, e gli altri accordi multilaterali dall'altro. Se, quindi, si tiene conto del principio "dell'approccio unico"²¹ utilizzato dai panel e dall'Organo di appello per coordinare le norme convenzionali dei diversi accordi dell'allegato 1A, si può presumere l'esistenza di

son pouvoir pour que, sur son territoire, les gouvernements et administrations régionaux et locaux (...) les respectent.

¹⁹ In base all'articolo 7: «Outre les autres obligations qui résultent pour eux du présent accord, les signataires sont convenus de ne pas obliger, ni encourager, directement ou indirectement, les gouvernements ou administrations régionaux ou locaux, (...), à prendre des mesures incompatibles avec les dispositions du présent accord».

²⁰ In base all'articolo 1 par.1: «Le présent accord s'applique à toute loi, tout règlement, ainsi qu'à toute procédure ou pratique concernant tout marché passé par les entités visées par le présent accord, telles qu'elles sont spécifiées à l'Appendice 1». La Comunità e gli Stati Uniti ad esempio hanno incluso nell'allegato 1 relativo alle entità di governo centrale i dipartimenti e le agenzie di governo centrali che non hanno carattere industriale o commerciale. Per quanto riguarda l'allegato 2 relativo alle entità di governo sub-centrali, gli Stati Uniti, dopo aver offerto d'includervi entità appartenenti all'apparato degli Stati federali, hanno limitato l'applicazione dell'accordo alle autorità federali che avevano accettato questa disciplina. Vedi, a tale proposito, P.DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté européenne*, Bruylant, Bruxelles, 1997, pp. 335-336.

²¹ In base all'articolo 2, par 2 dell'Accordo istitutivo dell'OMC, « les accords et instruments juridiques connexes repris dans les Annexes 1,2, et 3 (ci-après dénommés les «Accords commerciaux multilatéraux») font partie intégrante du présent accord et sont contraignants pour tous les Membres». Gli organi competenti e in particolare l'Organo di appello hanno interpretato questa disposizione sottolineando il fatto che tutti questi accordi sono stati ratificati alla fine del medesimo ciclo di negoziati, dai medesimi Stati. Constatando questa corrispondenza sul piano temporale e soggettivo, hanno fatto valere una presunzione di conformità tra le norme di tutti gli accordi multilaterali dell'Allegato 1A ed hanno affermato che un conflitto tra le disposizioni incluse in due o più accordi esiste solamente nel caso in cui gli obblighi imposti da queste misure sono manifestamente incompatibili e tali che queste regole non possono essere eseguite contemporaneamente. Il principio dell' "approccio unico", affermatosi per via giurisprudenziale ha limitato molto il margine di applicazione della Nota generale interpretativa dell'Allegato 1A che prevede che, in caso di conflitto, le disposizioni previste da uno degli accordi inclusi nell'Allegato, avendo come obiettivo l'integrazione del contenuto ambiguo e incompleto delle misure dell'accordo generale, prevalgono su quest'ultime. In altri termini, la regola *lex specialis derogat lex generalis* codificata da questa nota, secondo l'Organo di appello, trova applicazione solamente nell'ipotesi di conflitto manifesto tra due norme o in caso di deroga esplicita prevista dalle disposizioni del GATT'94. In tutti gli altri casi, le disposizioni di diversi accordi contribuiscono a chiarire il regime vigente e devono essere interpretate in modo complementare. Vedi, a tale proposito, G.ADINOLFI, *L'Organizzazione mondiale del commercio. Profili istituzionali e normativi*, Cedam, Padova, 2001, pp. 215-219.

una complementarità tra le disposizioni che identificano le entità menzionate da questi trattati²².

Tale considerazione non può essere estesa agli accordi plurilaterali dell'Allegato 4 poiché, a differenza degli accordi multilaterali dell'Allegato 1A, non esiste una corrispondenza soggettiva tra i Membri che hanno sottoscritto questi accordi e coloro che hanno concluso il GATT'94²³. Il regime particolare in materia d'imputazione previsto dall'accordo plurilaterale sugli appalti pubblici, perciò, deve essere esaminato a parte. La soluzione accolta da questo trattato è piuttosto flessibile. In effetti, l'art. 1 dell'AMP riconosce a ciascuna parte contraente la possibilità di specificare la sfera di applicazione *rationae personarum* dell'accordo. I soggetti chiamati a rispettare l'accordo sono indicati nei primi tre allegati dell'appendice I. L'allegato 1 contiene la lista delle entità del governo centrale, l'allegato 2 quella dei governi subcentrali ed, infine, l'allegato 3 quella di tutte le altre entità "appaltanti" diverse dai soggetti menzionati negli allegati precedenti²⁴. Tale regime è completato da una nota generale inclusa nell'Appendice I in cui ciascun Membro stabilisce concessioni specifiche o deroghe nei confronti delle altre parti contraenti. Questo regime così flessibile si giustifica se si tiene conto della pluralità d'interessi in gioco nel settore della liberalizzazione internazionale dei mercati pubblici. Gli Stati, in effetti, considerano la conclusione di contratti per l'acquisto di merci o per la prestazione di servizi di pubblica utilità un mezzo cruciale per influenzare l'economia nazionale²⁵, nonché uno strumento molto efficace per assicurare il sostegno pubblico delle lobbies nazionali²⁶.

²² Sorgono dei dubbi per quanto concerne l'applicazione del principio dell'approccio unico anche all'accordo GATS che non fa parte dell'Allegato 1A, ma dell'allegato 1B. Comunque, tenuto conto che il principio di presunzione di conformità è stato fatto valere sulla base dell'esistenza di una corrispondenza temporale e soggettiva fra gli accordi e che tali condizioni sono soddisfatte dall'accordo multilaterale GATS, questo criterio dovrebbe potere essere utilizzato anche nel settore dei servizi.

²³ In base all'art. 2, par. 3 dell'Accordo istitutivo dell'OMC «Les accords et instruments juridiques connexes repris dans l'Annexe 4 (ci-après dénommés les «Accords commerciaux plurilatéraux») font également partie du présent accord pour les Membres qui les ont acceptés et sont contraignants pour ces Membres. Les accords commerciaux plurilatéraux ne créent ni obligations ni droits pour les Membres qui ne les ont pas acceptés».

²⁴ L'insieme degli organi dell'amministrazione pubblica previsti dall'AMP è aumentato notevolmente rispetto a quando era stato adottato il corrispondente Codice del 1979. In effetti, l'accordo del 1979 s'indirizzava solamente alle entità del governo centrale, mentre l'AMP riguarda anche gli Stati federali, le regioni, le province, i comuni, i dipartimenti, le prefetture, le università pubbliche e più in generale gli enti che erogano servizi d'interesse pubblico (acqua, energia, elettricità, trasporti, telecomunicazioni).

²⁵ La conclusione di contratti aventi per oggetto l'acquisto di merci o la prestazione di servizi di pubblica utilità può essere utilizzata per sostenere certe attività produttive nazionali, per stimolare l'economia delle regioni sottosviluppate, per aumentare le entrate fiscali, per salvaguardare l'occupazione. Vedi A. LIGUSTRO, *I pubblici appalti*, in P. PICONE e A. LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, cit., p. 268.

²⁶ *Ibidem*, p. 268.

Tale quadro a geometria variabile, da un lato, permette a ciascun Stato di definire e cambiare piuttosto facilmente le concessioni fatte alle altre parti contraenti in modo tale da circoscrivere il più possibile gli effetti negativi derivanti dalla perdita di controllo sugli appalti pubblici, dall'altro, ha delle ripercussioni negative in termini di certezza giuridica dal momento che riduce il carattere oggettivo dell'art. 1 dell'accordo AMP, attribuendo alla volontà di ciascuna parte contraente il compito di specificare il suo contenuto. Difficoltà ad interpretare la sfera d'applicazione di questa disposizione sono emerse con tutta evidenza in occasione del ricorso promosso dagli Stati Uniti nei confronti della Corea del Sud avente per oggetto la violazione di alcune disposizioni dell'AMP²⁷. La Corea del Sud ha fondato la sua difesa sul fatto che l'accordo AMP non era applicabile nel caso di specie. In effetti, gli enti responsabili della gestione degli appalti non erano stati menzionati dalla Corea nell'Appendice 1 e quindi non erano tenuti a rispettare gli obblighi previsti dall'AMP. Gli enti, il cui comportamento era contestato erano : l'Autorità degli aeroporti della Corea ("KAA"), l'Autorità incaricata della costruzione degli aeroporti della Corea ("KOACA") e l'Autorità dell'aeroporto internazionale d'Inchon ("IIAC"). La sola entità del governo centrale, rilevante nel caso di specie, enumerata nella lista dell'Allegato 1 stilata dalla Corea era il Ministero della costruzione e dei trasporti (MOCT). Al contrario, la KAA, KOACA e la IIAC non erano citate. La sfera *ratione personarum* dell'Allegato 1 è specificata da una Nota in cui si indica che « les entités du gouvernement central comprennent les organisations qui leur sont hiérarchiquement subordonnées, les organes administratifs locaux spéciaux et les organes qui leur sont rattachés tels qu'ils sont prescrits dans la *Loi portant organisation de l'administration publique de la République de Corée* ». Esaminando questa legge, il panel ha constatato che la KAA la KOACA e la IIAC non potevano essere considerate né dell'organizzazioni gerarchicamente subordinate, né degli organi amministrativi locali

²⁷Gli argomenti fatti valere dagli Stati Uniti nei confronti della Corea del Sud relativi agli appalti pubblici per il progetto dell'aeroporto internazionale d'Inchon (« IIA ») erano i seguenti : violazione dell'articolo XI:1 a) e XI:2 a) a causa dell'imposizione di termini per il ricevimento delle offerte, inferiori ai 40 giorni prescritti dall'AMP; b) violazione degli articoli III:1 a), VIII, prima frase, e VIII b) dell'AMP a causa dell'imposizione di prescrizioni in materia di qualifiche che specificano che per poter semplicemente essere ammessi alla selezione, in qualità d'imprenditore principale, un fornitore straniero interessato deve avere un'autorizzazione, che lo costringe a costruire o acquistare impianti fabbricati in Corea ; c) violazione degli articoli III:1 a), VIII, prima frase e VIII b) de l'AMP, a causa dell'imposizione di prescrizioni in materia di partenariato con le imprese coreane che obbligano le imprese straniere ad associarsi ad imprese locali coreane o a lavorare per tali imprese per poter semplicemente partecipare alle procedure di gara e di aggiudicazione degli appalti pubblici; d) violazione dell'art. XX dell'AMP a causa dell'assenza di procedure nazionali efficaci che permettano ai fornitori stranieri di contestare le violazioni allegate dell'AMP per quanto concerne gli appalti pubblici relativi al progetto IIA.

speciali, né degli organi collegati. Al tempo stesso gli Stati Uniti sostenevano che per chiarire la portata dell'art. 1 dell'AMP era necessario integrare la Lista e la nota della Corea tramite il ricorso al criterio *esterno* del controllo. In altri termini, se l'entità appaltante non era citata nella Lista della Corea, ma, di fatto, agiva sotto il controllo di un'entità citata, essa rientrava nella sfera di applicazione dell'accordo AMP. Gli Stati Uniti giustificavano questa lettura estensiva dell'art. 1 facendo leva sul dettato stesso della Nota relativa all'allegato 1. In particolare, il fatto che l'elenco degli enti del governo centrale era preceduto dal verbo "comprendere" permetteva di considerare la Lista delle entità descritte nella *Loi portant organisation de l'administration publique* non esaustiva.

Il panel ha ripreso quest'ultimo argomento, affermando che «l'emploi du terme "comprennent", auquel s'ajoute l'utilisation inhabituelle d'une liste de personnes afin de définir les organisations hiérarchiquement subordonnées, entraîne une ambiguïté en ce qui concerne l'interprétation de la Note 1 et, par conséquent, le sens de l'Annexe 1 tout entière»²⁸. Al tempo stesso, non ha considerato il controllo esercitato da un ente citato su un altro non citato, un criterio appropriato per identificare i soggetti facenti parte del governo centrale²⁹ ed ha ritenuto più opportuno verificare se l'ente non citato fosse giuridicamente unificato³⁰ oppure avesse agito in nome di un ente citato³¹. Alla luce di questi due parametri, il panel ha concluso che la KAA, la KOACA e la IIAC non erano degli organi del governo centrale della Korea e quindi non erano tenuti a rispettare gli obblighi derivanti dall'AMP.

In sintesi, alla luce del rapporto *Corée-mesures affectant les marchés publics*, è possibile constatare che la possibilità per le parti contraenti di definire la sfera di applicazione *ratione personae* dell'accordo AMP non è illimitata³². Un Membro può escludere esplicitamente un ente dalla Lista dei soggetti destinatari dell'accordo, così come

²⁸ Rapporto del panel, *Corée-Mesures affectant les marchés publics*, WT/DS163/R, 1° maggio 2000, par. 7.43.

²⁹ Secondo il panel, questo parametro può essere utilizzato per effettuare un'operazione di collegamento tra Stati e comportamenti di enti parastatali che esercitano delle prerogative statali, ma non per identificare gli organi dell'apparato statale centrale.

³⁰ Il panel identifica numerosi fattori che permettono di constatare l'indipendenza giuridica di un ente rispetto ad un altro: l'ente interessato è stato creato in qualità di soggetto giuridico indipendente; ha elaborato e adottato i propri regolamenti amministrativi, ha il proprio personale di gestione ed i propri impiegati che sono assunti dallo Stato, pubblica dei bandi di gara di propria iniziativa, conclude dei contratti a suo nome, finanzia alcune parti del progetto utilizzando i propri fondi. Vedi, par. 7.60.

³¹ Allo scopo di considerare un ente come un soggetto che agisce in nome di un altro bisogna constatare l'esistenza fra questi di un rapporto analogo a quello fra delegante e delegato. Secondo il panel, la sorveglianza esercitata da un ente governativo su un progetto che è stato conferito per legge ad un altro ente indipendente non permette di concludere che esiste fra di loro questo tipo di relazione. Vedi par. 7.70.

³² Vedi il par. 7.72.

redigere una Lista positiva di enti, anche in un allegato diverso da quello in cui figura un ente affiliato. Tuttavia, se la Lista allegata all'AMP non menziona in alcun modo un ente, la volontà espressa dallo Stato negli allegati non costituisce il solo parametro d'identificazione dei soggetti interessati dall'accordo. Secondo il panel, in quest'ultimo caso, «il peut être nécessaire de chercher au-delà pour voir s'il existe entre deux entités une affiliation telle que ces entités pourraient être considérées sur le plan juridique comme la même entité (...) ou que l'une pourrait agir au nom de l'autre»³³. Nel rapporto si giustifica il ricorso a questi criteri facendo leva sul bisogno di sicurezza giuridica e la necessità di ridurre il margine di libertà di apprezzamento della parte interessata che potrebbe avvalersi formalmente di enti che non sono menzionati esplicitamente per sottrarsi agli impegni presi nel corso dei negoziati. Questi argomenti sono sicuramente condivisibili, ma non permettono di chiarire la fonte utilizzata per colmare il silenzio del trattato. Tale modo di procedere che, come il panel ha tenuto a precisare, non concerne solamente la Lista della Corea, ma la Lista di qualunque Membro, sorprende se si tiene conto della volontà delle parti contraenti di delimitare il più possibile la sfera di applicazione dell'accordo tramite la redazione di Liste allegate all'AMP che indicano le entità obbligate a rispettarlo.

Tenuto conto del silenzio dell'accordo sugli appalti pubblici ed anche degli altri trattati facenti parte dell'ordinamento giuridico dell'OMC³⁴, il panel avrebbe potuto giustificare la scelta di ricorrere a criteri diversi dal diritto interno facendo leva sull'art. 4, al quale era autorizzato a fare rinvio, al fine di chiarire la portata dell'allegato 1 dell'AMP, in virtù dell'art. 31, par. 3, c) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati. Come è stato sottolineato all'inizio del paragrafo, l'art. 4 del testo sulla responsabilità dello Stato per fatto internazionalmente illecito, non specifica la nozione di organo statale e si riferisce al diritto interno per l'identificazione delle persone o delle entità che hanno questo statuto. Questa soluzione, a prima vista, non apporta alcun elemento nuovo rispetto a quelli che sono a disposizione del panel sulla base del dettato dell'art. 1

³³ Vedi il par.7.72.

³⁴ Secondo l'art. 31, par. 3, a) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, al fine di chiarire la portata di un accordo si può utilizzare come mezzo d'interpretazione sussidiario «tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité». Quindi, una fonte che potrebbe essere utilizzata al fine di chiarire la nozione di organo dello Stato secondo l'allegato 1 dell'accordo AMP, potrebbe essere l'insieme degli accordi multilaterali negoziati nel quadro dell'OMC. Questa soluzione in ogni caso, non offre delle vere e proprie risposte al problema prima sollevato dal momento che nessun accordo multilaterale definisce dei criteri per identificare gli organi appartenenti all'apparato centrale, sub-centrale e locale.

dell'AMP e dei suoi allegati. In effetti, l'applicazione, nel caso di specie, del principio enunciato dall'art. 4, permette solamente di operare un rinvio alla legge relativa all'organizzazione dell'amministrazione pubblica della Repubblica di Korea. Al tempo stesso, ai sensi dell'art. 4, il diritto interno non costituisce l'unica fonte utile per definire la nozione di organo statale. Il commento relativo al par. 2 dell'art. 4 sottolinea esplicitamente che «il ne suffit pas de se référer au droit interne pour déterminer le statut d'un organe de l'État. Dans certains systèmes, le statut et les fonctions des diverses entités sont définis non seulement par la loi mais aussi par la pratique, et se reporter exclusivement au droit interne peut induire en erreur. De plus, la loi nationale peut être laconique, voire muette, quant aux entités qui ont le statut d' "organe". Dans ce cas, les pouvoirs de l'entité considérée et sa relation avec d'autres entités en vertu du droit interne entreront en ligne de compte pour sa qualification en tant qu' "organe", mais le droit interne en lui même ne permettra pas d'opérer cette classification. Et même, s'il le permet, le mot "organe" peut avoir en droit interne un sens particulier et non celui, très général, qu'il a l'article 4».

Anche se questa norma internazionale presenta ancora un contenuto vago che necessita di essere precisato, essa permette tuttavia, abbastanza chiaramente, di non conformarsi esclusivamente alle condizioni dettate dalla legge nazionale. Il panel, perciò, avrebbe potuto fare riferimento a questa regola almeno per giustificare la sua decisione di non limitarsi ad utilizzare come solo parametro il diritto interno, mantenendo al tempo stesso un margine di discrezionalità per l'identificazione dei criteri esterni addizionali.

L'assenza di riferimenti specifici al diritto internazionale della responsabilità è comprensibile se si tiene conto che il panel ha redatto il suo rapporto i primi mesi dell'anno 2000. A quell'epoca il testo sulla responsabilità dello Stato per fatto internazionalmente illecito non era stato ancora approvato dall'Assemblea generale. Anche se la CDI aveva già fatto circolare un progetto di articoli che era stato adottato dal Comitato di redazione in prima lettura³⁵, questo testo provvisorio non era forse sufficiente per attestare l'esistenza di un vera e propria norma di diritto internazionale capace di estendere il quadro giuridico di definizione dell'organizzazione statale. Tenuto

³⁵ Questo progetto è stato adottato provvisoriamente dal Comitato di redazione in seconda lettura qualche mese più tardi, l'11 agosto del 2000, durante la cinquantaduesima sessione della CDI. Vedi il Doc. A/CN.4/L.600. Sia la versione adottata in prima lettura che quella adottata in seconda lettura, prevedono l'uso all'art. 4 del verbo comprendere. Esse riflettono la volontà da parte della CDI diretta da relatore speciale Crawford di stabilire un equilibrio per la definizione di organo statale fra diritto interno e diritto internazionale.

conto che il panel ha esteso a tutte le Liste allegate all'accordo AMP le osservazioni formulate nel caso Korea, non è comunque da escludere che il par. 2 dell'art. 4 possa costituire in futuro una fonte sussidiaria importante per integrare il dettato dell'accordo AMP e per giustificare giuridicamente la scelta di utilizzare criteri esterni al diritto nazionale per la definizione dell'apparato statale. Nel caso di specie, il diritto internazionale poteva, come è stato messo in luce prima, essere invocato, grazie al rinvio operato dall'art. 3.2 dell'Intesa alle regole generali sull'interpretazione, per *chiarire* la portata del verbo "comprendere" utilizzato sia nella Lista della Corea così come nel dettato del par.2 dell'art. 4 del testo della CDI. In futuro, questa disposizione potrebbe essere chiamata in causa, anche se le altre Liste non fanno ricorso al medesimo termine, a titolo di fonte sussidiaria, per *integrare* la portata della regola d'imputazione prevista dall'accordo AMP. In quest'ultimo caso, un richiamo all'art. 4 sarebbe possibile in virtù di un rinvio non tanto esplicito quanto implicito al diritto internazionale generale, ovvero solamente a condizione di assimilare il diritto dell'OMC ad un ordinamento particolare dell'ordinamento internazionale generale oppure ad una fonte di diritto speciale del diritto internazionale generale. Entrambe le nozioni, in effetti, permettono, a differenza dei concetti di regime autosufficiente o di *primary norm remedy system*, d'integrare il diritto dell' OMC con norme internazionali generali.

Tenuto conto dell'assenza di indicazioni univoche della prassi in materia non è possibile in questa sede mettere in luce i vantaggi analitici derivanti dal ricorso al concetto di ordinamento anziché a quello di regime speciale. Al tempo stesso, l'esame del caso Korea è utile per constatare l'opportunità di scartare il concetto di regime autosufficiente e di *primary norm remedy system*, al fine di permettere al diritto internazionale di colmare le lacune esistenti nel quadro dell'OMC.

Concludendo questa prima sezione dedicata all'analisi dei rapporti fra diritto internazionale e diritto dell'OMC in materia di attribuzione allo Stato del comportamento dei suoi organi è possibile formulare due ordini diversi di considerazioni .

In primo luogo, il principio di attribuzione dei comportamenti degli organi dello Stato previsto nel quadro degli accordi multilaterali dell'OMC è lo stesso di quello previsto dall'art. 4 del testo sulla responsabilità dello Stato per fatto internazionalmente illecito. In effetti, come è stato constatato prima, lo Stato, in entrambi gli ordinamenti è responsabile dell'azione di qualunque organo statale, quale che sia la sua natura (organo del governo centrale, federale, regionale e locale), le sue funzioni (legislativa, esecutiva e giudiziaria)

e la sua posizione (superiore o subordinata nella gerarchia dell'organizzazione). Per quanto riguarda la relazione fra ordinamento giuridico internazionale e ordinamento OMC, il primo ha svolto un ruolo catalizzatore per la definizione della fisionomia delle norme del secondo. In effetti, prima d'istituire l'OMC, il GATT'47 prevedeva un regime d'imputazione più circoscritto che dava luogo solamente ad un sistema di responsabilità secondaria, per mancanza di diligenza, da parte dello Stato per i fatti illeciti compiuti dalle sue entità territoriali. In seguito, durante i negoziati dell'Uruguay Round, si è voluto avvicinare i due ordinamenti, prevedendo nell'Intesa sull'interpretazione dell'articolo XXIV allegato al GATT' 94, una responsabilità piena dello Stato per i comportamenti di tutti i suoi enti, centrali o locali. Attualmente, il diritto internazionale della responsabilità può continuare ad esercitare un'influenza sulle norme in materia d'imputazione allo Stato dei comportamenti dei suoi organi, solo indiretta, in qualità di parametro d'interpretazione delle regole dell'OMC. In altri termini, può contribuire a chiarire la portata delle norme dell'OMC sull'attribuzione che riproducono i principi di diritto internazionale enunciati all'art. 4, ma non costituisce una fonte sussidiaria dell'ordinamento giuridico dell'OMC. Questo perché l'OMC stesso si è dotato di un sistema di regole autonomo in materia che rende difficile l'individuazione di spazi giuridici che necessitano di essere colmati a titolo sussidiario dai principi enunciati all'art. 4.

In secondo luogo, l'ordinamento OMC comprende anche un accordo plurilaterale sugli appalti pubblici che è caratterizzato da un regime d'imputazione estremamente particolare. In effetti, gli enti appartenenti all'organizzazione statale di ciascuna parte contraente, sono citati nelle Liste allegate all'AMP. La sfera di applicazione *ratione personarum* di questo accordo non è definita da una norma generale che chiarisce la nozione di organo statale, ma dalla volontà di ciascuna parte contraente. In questo settore è possibile immaginare un ruolo del diritto internazionale in quanto fonte sussidiaria destinata a colmare i vuoti ed i silenzi che né l'accordo sugli appalti pubblici né le regole stabilite dagli altri trattati multilaterali sono in grado di riempire.

1.2 Attribuzione allo Stato del comportamento di enti pubblici

Dopo aver chiarito la nozione di organo statale fatta propria dal diritto internazionale della responsabilità e dal diritto dell'OMC, è possibile estendere l'analisi alle entità che non fanno parte dell'apparato statale, ma che, al tempo stesso, esercitano poteri pubblici.

Il testo della CDI disciplina l'attribuzione allo Stato del comportamento di queste entità nell'art. 5. Questa disposizione prevede che : «Le comportement d'une personne ou entité qui n'est pas un organe de l'État au titre de l'article 4, mais qui est habilitée par le droit de cet Etat à exercer des prérogatives de puissance publique, pour autant que, en l'espèce, cette personne ou entité agisse en cette qualité, est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international».

Tale principio era già stato codificato nel terzo rapporto del Relatore speciale Roberto Ago³⁶. Quest'ultimo aveva, all'epoca, manifestato delle perplessità in merito all'esistenza di una vera e propria norma consuetudinaria a causa della carenza di prassi in materia³⁷. Tuttavia aveva deciso d'includere ugualmente questa regola nel progetto di codificazione sostenendo che la «clarté des rapports internationaux et la logique même des principes qui les régissent» l'esigevano³⁸.

In seguito, durante i lavori presieduti dal Relatore speciale James Crawford, nonostante la prassi vantasse solo un caso nuovo rispetto ai quelli già menzionati nel rapporto di Roberto Ago³⁹, nessuno Stato ha contestato questo principio. Al contrario, sia la Germania, la Francia che il Regno Unito, nelle loro osservazioni, hanno sottolineato l'importanza crescente del fenomeno degli enti parastatali e la necessità che il diritto internazionale ne tenga sempre più conto⁴⁰.

³⁶ Si veda l'art. 7 ai sensi del quale: «Est aussi considéré comme un fait de l'Etat sur le plan du droit international le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes qui, d'après l'ordre juridique interne de cet Etat, ont la qualité d'organe d'un établissement public ou d'une autre institution publique autonome, (...) et qui, en l'occurrence, agissent en cette qualité».

³⁷ All'epoca, anche se il fenomeno di proliferazione degli organismi "parastatali" era già molto esteso, i precedenti offerti dalla giurisprudenza e dalla prassi statale non erano numerosi. Il terzo rapporto fa riferimento solamente all' *Affaire relative à certains emprunts norvégiens* du 1957 in cui il governo norvegese aveva fatto valere che il comportamento delle banche norvegesi non poteva essere attribuito alla Norvegia (la Corte non si pronunciò sulla questione poiché, accogliendo un'altra eccezione preliminare sollevata dalla Norvegia, si dichiarò incompetente a pronunciarsi sulla controversie. Vedi *Troisième rapport, cit.*, p. 494) e al testo adottato come base di discussione dal Comitato preparatorio della Conferenza di codificazione del diritto internazionale del 1930, in cui si afferma che «la responsabilité de l'Etat se trouve engagée si le dommage subi par un étranger résulte des actes ou omissions ... (d') institutions autonomes qui exercent des fonctions publiques d'ordre législatif ou administratif, lorsque ces actes ou omissions sont contraires aux obligations internationales de l'Etat» (vedi *Troisième rapport, cit.*, p. 495).

³⁸ Vedi *Troisième rapport, cit.*, pp. 498-499.

³⁹ Vedi il caso *Hyatt International Corporation v. Gouvernement of the Islamic Republic of Iran* (1985) 9 *Iran-U.S.C.T.R.* 72, pp. 88- 94, in cui il Tribunale per i reclami Stati-Uniti - Iran ha giudicato che i comportamenti di una fondazione autonoma con finalità caritative, creata da uno Stato e detentrica di beni sotto stretto controllo statale, sono attribuibili a tale Stato.

⁴⁰ In particolare, la Germania è «inclina à partager les doutes quant à savoir si ce chapitre prend compte suffisamment des faits de personnes physiques et morales qui, si elles n'agissent pas en tant qu'organes de l'Etat au moment de la commission d'une violation du droit international, ne sont pas moins placées sous l'autorité et le contrôle de cet Etat». Secondo questo Stato, il capitolo II «ne rend peut-être pas suffisamment compte du fait que les Etats confient de plus en plus à des personnes qui n'appartiennent pas à la structure des organes de l'Etat des activités qui sont normalement attribuables à un Etat». La Francia

L'attribuzione allo Stato del comportamento di enti parastatali è desumibile logicamente dal principio di unità dell'organizzazione politica dal punto di vista internazionale⁴¹. L'unica condizione richiesta dal diritto internazionale per assimilare i soggetti parastatali allo Stato è che questi enti esercitino poteri pubblici, ovvero svolgano funzioni che interessano la collettività⁴². Al fine di chiarire la sfera di applicazione di questa regola, il Regno Unito aveva segnalato l'opportunità «de fixer de critères permettant de définir les fonctions "gouvernementales" et de les intégrer dans le projet d'articles»⁴³. Questa richiesta non ha avuto seguito. Il Relatore speciale James Crawford ha giustificato tale scelta sulla base del fatto che il diritto internazionale non può stabilire delle regole generali in materia. In effetti, «passé un certain point, ce qui est considéré comme "public" relève de chaque société, de son histoire et de ses traditions»⁴⁴. Il commento si limita ad indicare che il contenuto dei poteri non è l'unico parametro che permette di definirli come pubblici. Bisogna anche tenere conto della «manière dont elles sont conférées à une entité, (des) fins auxquelles elles vont être exercées et (de) la mesure dans laquelle l'entité doit rendre compte de leur exercice à l'Etat»⁴⁵. Di questi tre criteri, il primo riveste un ruolo fondamentale. In effetti sia il dettato dell'art. 5 sia il commento, a più riprese, fanno riferimento al fatto che l'ente deve essere *abilitato dal diritto interno* ad esercitare funzioni di carattere pubblico. Infine, il fatto che gli enti in questione siano

propone di utilizzare l'espressione «tout organe ou agent de l'Etat» al posto del termine «organe de l'Etat» che è troppo restrittivo. Infine, il Regno Unito chiede che siano fornite indicazioni più chiare sulla nozione di potere pubblico, in modo tale da tenere conto dei comportamenti non solo di enti pubblici che non fanno parte della struttura statale, ma anche d'imprese un tempo pubbliche che sono state privatizzate, mantenendo al tempo stesso alcune funzioni pubbliche. Vedi il Doc. A/CN.4/488, p. 38 e il Doc. A/CN.4/490/Add.5, p. 15.

⁴¹ Se, in base al diritto internazionale, la separazione dei poteri non ha alcuna influenza sull'attribuzione allo Stato delle attività di organi che appartengono a rami diversi della struttura statale, *a fortiori* il conferimento di prerogative pubbliche a soggetti giuridici diversi dal governo centrale non dovrebbe avere alcuna incidenza sulla qualifica dei comportamenti di queste entità come fatti statali. Vedi *Troisième rapport*, cit., p. 498 e LUIGI CONDORELLI, *L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite: solutions classiques et nouvelles tendances*, cit., p. 59.

⁴² Nel commento all'art. 5 si sottolinea che «Le fait qu'une entité puisse être qualifiée de publique ou de privée d'après les critères d'un système juridique donné, le fait que l'Etat détienne une part plus ou moins grande de son capital ou, de manière plus générale, de ses actifs, et le fait qu'elle soit ou non soumise au contrôle du pouvoir exécutif ne sont pas des critères décisifs pour déterminer si le comportement de cette entité peut être attribué à l'Etat», p. 97.

⁴³ Vedi il Doc. A/CN.4/488, p. 39. Questo principio è stato confermato anche nel commento all'art. 8 in cui si sottolinea che «de fait que l'Etat a été à l'origine d'une société, que ce soit par le biais d'une loi spécifique ou autrement, n'est pas une base suffisante pour lui attribuer le comportement ultérieur de cette entité. Dès lors que l'on considère que les sociétés, même si elles appartiennent à l'Etat et sont en ce sens soumises à son contrôle, ont un statut séparé, leur comportement dans l'exécution de leurs activités n'est pas *prima facie* attribuable à l'Etat, à moins qu'elles n'exercent des prérogatives de puissance publique au sens de l'article 5», p. 113.

⁴⁴ Vedi il commento, p. 99.

⁴⁵ *Ibidem*.

soggetti privati non impedisce assolutamente di considerarli come la *longa manus* dello Stato, a condizione che il criterio di titolarità dei poteri pubblici sia soddisfatto⁴⁶.

Nel diritto dell'OMC, il soggetto principale che agisce a fianco dell'apparato statale è l'impresa commerciale statale. La condotta di questo ente era disciplinata, nel quadro del GATT'47, dall'art. XVII. Quest'articolo impone a qualunque impresa statale o qualunque impresa alla quale la parte contraente accorda, di diritto o di fatto, privilegi esclusivi o speciali, a conformarsi «dans ses achats ou ses ventes se traduisant par des importations ou des exportations, aux principes généraux de non-discrimination prescrit par le présent Accord». Il GATT'94 mantiene questa regola precisandone la portata in un'Intesa, che definisce le imprese destinatarie dell'art. XVII «entreprises gouvernementales et non gouvernementales, y compris les offices de commercialisation, auxquelles ont été accordés des droits ou privilèges exclusifs ou spéciaux, y compris des pouvoirs légaux ou constitutionnels, dans l'exercice desquels elles influent par leurs achats ou leurs ventes, sur le niveau ou l'orientation des importations ou des exportations»⁴⁷. Le imprese statali sono menzionate non solo nell'art. XVII, ma anche nella Nota aggiuntiva relativa agli articoli XI, XII, XIII, XIV et XVIII de l'allegato 1 del GATT '47, in cui si specifica che le espressioni «restriction à l'importation» oppure «restriction à l'exportation» utilizzate in queste disposizioni «visent également les restrictions appliquées par le moyen de transactions relevant du commerce d'Etat».

Come è stato sottolineato dal panel, nel caso *Japon-Produits Agricoles*, lo scopo principale di queste disposizioni «est d'étendre au commerce d'Etat les règles de l'Accord général régissant le commerce privé et d'assurer que les parties contractantes ne puissent échapper à leurs obligations relatives au commerce privé par le biais d'opérations de commerce d'Etats»⁴⁸.

Per quanto riguarda le condizioni di attribuzione alle parti contraenti dei fatti delle imprese di Stato, le disposizioni del GATT non contemplano un collegamento giuridico diretto fra i primi e le seconde. L'art. XVII:1 a) si limita a stabilire a carico delle parti

⁴⁶ Nell'ipotesi in cui le funzioni esercitate rientrino nella sfera dello *ius privatorum* anziché in quella dello *ius imperii*, i comportamenti di tali enti potranno comunque essere attribuiti allo Stato. In quest'ultimo caso, però, il criterio decisivo che consente di collegare questi due soggetti sarà il controllo. Tale principio è codificato nell'art. 8 del testo sulla responsabilità che sarà esaminato nella prossima sezione.

⁴⁷ Vedi il Memorandum dell'accordo sull'interpretazione dell'articolo XVII dell'accordo generale sulle tariffe doganali e del commercio del 1994, par.1.

⁴⁸ *Japon-Restrictions à l'importation de certains produits agricoles*, BISD 35S/163, 2 febbraio 1988, par. 5.2.2.2.

contraenti l'obbligo di "assicurare" che le imprese commerciali di Stato si conformino al principio di non discriminazione⁴⁹.

L'ambiguità di quest'espressione è stata risolta dal panel, nel caso *Canada- mesures concernant les exportations de blé et le traitement des grains importés*, nel senso che «si une entreprise commerciale d'État d'un Membre n'agit pas conformément aux principes énoncés à l'article XVII:1 a) ou b), ou s'il est clair compte tenu des faits et circonstances pertinents que l'entreprise commerciale d'État n'agira pas conformément à ces principes, le Membre concerné se trouve alors *ipso facto* dans une situation de manquement à l'engagement énoncé à l'article XVII:1 a)»⁵⁰.

Il panel giunge a questa conclusione tramite un'interpretazione testuale della disposizione. Nonostante l'art. 5 del testo della CDI non sia esplicitamente menzionato, è comunque interessante osservare che la lettura dell'art. XVII:1 a) accolta dal panel corrisponde a quella del Canada, il quale aveva fatto riferimento al diritto internazionale generale⁵¹. L'influsso esercitato da tale richiamo emerge in un passaggio successivo in cui il panel, dovendo chiarire la portata degli obblighi delle parti contraenti previsti dall'art. XVII:1a) rispetto a quelli contemplati dall'art. XVII:1 c), ha affermato che «l'article XVII:1 a) va plus loin que l'article XVII:1 c) en ce sens que, dans le cadre de l'article XVII:1 a), un comportement non conforme d'une entreprise commerciale d'État d'un Membre *engage la responsabilité de ce Membre au regard du droit international*, même si le Membre lui-même n'intervient pas, comme cela serait nécessaire dans le cadre de l'article XVII:1 c) (corsivo aggiunto)»⁵².

Più controversa è la definizione, alla luce delle norme GATT, dei criteri funzionali ad identificare un'impresa statale. Secondo Villalpando la lettura della Nota aggiuntiva

⁴⁹ Ai sensi dell'art. XVII:1a): «Chaque partie contractante *s'engage* à ce que, si elle fonde ou maintient une entreprise d'Etat, en quelque lieu que ce soit, ou si elle accorde à une entreprise, en droit ou en fait, des privilèges exclusifs ou spéciaux, cette entreprise se conforme, dans ses achats ou ses ventes se traduisant par des importations ou des exportations, aux principes généraux de non-discrimination prescrit par le présent Accord pour les mesures d'ordre législatif ou administratif concernant les importations ou les exportations qui sont effectuées par des commerçants privés (corsivo aggiunto)».

⁵⁰ Vedi il rapporto del panel del 6 aprile 2004, *Canada- mesures concernant les exportations de blé et le traitement des grains importés*, WT/DS276/R, par. 6.42.

⁵¹ Vedi il par. 6.36: «S'appuyant sur le mot «s'engager», le Canada fait valoir que, *du point de vue du droit international*, l'article XVII:1 a) oblige un Membre en ce qui concerne le comportement de ses entreprises commerciales d'État. En d'autres termes, en vertu de l'article XVII:1 a), un Membre est responsable au regard du droit international du comportement d'une entreprise commerciale d'État. Si une partie plaignante ne démontre pas que le comportement d'une entreprise commerciale d'État d'un autre Membre ne satisfait pas aux règles énoncées à l'article XVII:1 a) et b), il doit être supposé que ce Membre a honoré son engagement dans le cadre de l'article XVII:1 a)».

⁵² Vedi il par. 6.43.

relativa agli articoli XI, XII, XIII, XIV e XVIII, nonché i rapporti dei panel, permetterebbero di concludere che le imprese contemplate dal GATT devono essere identificate sulla base delle *funzioni pubbliche* che esercitano⁵³. In altri termini, è il perseguimento di scopi governativi da parte di queste entità, nell'esercizio dei loro diritti o privilegi esclusivi, che permette di attribuire i loro comportamenti allo Stato. Lo stesso autore giunge però ad una conclusione diversa per quanto riguarda l'art. XVII, facendo leva sul paragrafo 1 b) di questa disposizione, il quale stabilisce che «Les dispositions de l'alinéa a) du présent paragraphe devront être interprétées comme imposant à ces entreprises l'obligation (...) de ne procéder à des achats ou à des ventes de cette nature qu'en s'inspirant uniquement de considérations d'ordre commercial». Questo riferimento alle pratiche commerciali ordinarie contribuisce ad estendere la sfera di applicazione dell'art. XVII fino ad includere le attività delle imprese commerciali statali che non comportano l'esercizio di poteri pubblici. Secondo Villalpando «the State could then be held responsible for a conduct contrary to the principle of non-discrimination solely on the grounds that the action or the omission at stake was carried on by a "State enterprise" (an expression that probably covers those enterprises that are owned by the State) or by the an enterprise enjoying exclusive or special privileges. In other terms, it could be argued that here the criterion for attribution is not *ratione materiae* (the exercise of elements of the governmental authority) as provided for under the general rules of State responsibility, but *ratione personae* (the entity having adopted such conduct). As a consequence, article XVII:1 would adopt a criterion of attribution that is broader than the one in the general law of responsibility»⁵⁴.

Quest'interpretazione dell'art. XVII che pone l'accento sulle caratteristiche soggettive delle imprese statali, ovvero sulla *natura pubblica* dell'impresa o sull'*origine pubblica* delle sue prerogative, a prescindere dal carattere pubblico o privato delle attività esercitate, non tiene conto del fatto che l'Intesa sull'interpretazione dell'art. XVII del GATT '94 al par. 1 sottolinea che questa disposizione riguarda «les entreprises gouvernementales et non gouvernementales auxquelles ont été accordés des droits ou privilèges exclusifs ou spéciaux, y compris des pouvoirs légaux ou constitutionnels, dans

⁵³ Vedi SANTIAGO M. VILLALPANDO, *Attribution of conduct to the State: how the rules of State responsibility may be applied within the WTO Dispute settlement system*, *Journal of International Economic Law*, 2002, p. 405.

⁵⁴ SANTIAGO M. VILLALPANDO, *cit.*, p. 406

l'exercice desquels elles influent, par leurs achats ou leurs ventes, sur le niveau ou l'orientation des importations ou des exportations (corsivo aggiunto)».

L'Intesa quindi, fa riferimento non solo alla natura pubblica delle imprese statali o delle loro prerogative, ma anche all'influenza che l'esercizio delle loro prerogative (che possono corrispondere a poteri legislativi o costituzionali ma anche a pratiche commerciali ordinarie) può avere sul livello delle importazioni o delle esportazioni. Le considerazioni formulate da Villalpando sono condivisibili, nel senso che la *natura pubblica* dell'impresa, ovvero il fatto che sia proprietà dello Stato o che sia titolare di diritti speciali o esclusivi, costituisce una *condizione necessaria* per assimilarla ad un ente parastatale⁵⁵. Al tempo stesso, l'affermazione che la soddisfazione del criterio *ratione personae* sia non solo una condizione necessaria, ma anche sufficiente, è incompatibile con il par. 1 del memorandum che esclude la possibilità di attribuire allo Stato il comportamento di un'impresa statale allorché esercita attività estranee alla sfera dei diritti speciali ad essa conferiti o che non influiscono sul livello o orientamento delle importazioni o delle esportazioni (criterio *ratione materiae*). L'interpretazione proposta da Villalpando di fatto non è molto diversa, dal momento che risulta difficile immaginare attività di imprese commerciali di Stato che non rientrano dalla sfera di diritti speciali che possano dare luogo ad una violazione dell'art. XVII, così come attività rientranti nella sfera dei diritti speciali che non influenzino il livello od orientamento delle importazioni od esportazioni.

In generale, è possibile affermare che il criterio *ratione materiae* per l'attribuzione allo Stato del comportamento di un'impresa commerciale pubblica non è assente, ma è strettamente connesso a quello *ratione personae*.

Gli unici casi, nel quadro dell'OMC, aventi per oggetto un comportamento posto in essere da un'impresa commerciale in violazione del GATT non offrono molte indicazioni sulle condizioni che devono essere soddisfatte affinché il comportamento di un'impresa commerciale possa essere considerato un fatto statale. In effetti, sia nel caso *Corée-Mesures affectant l'importation de boeuf*⁵⁶ che nel caso *Canada- mesures concernant les*

⁵⁵ In altri termini, il fatto che un'impresa commerciale possa esercitare, attraverso i suoi acquisiti oppure le sue vendite, un'influenza sul livello o l'orientamento delle importazioni o delle esportazioni non permette di qualificarla come un ente parastatale i cui comportamenti sono attribuibili *ipso facto* allo Stato. In questo caso, le attività private di questo soggetto privato, anche se sono capaci d'incidere sugli interessi commerciali della collettività saranno attribuibili allo Stato, solo a condizione che lo Stato eserciti un controllo su questa entità. Vedi, a tale proposito, il paragrafo della sezione seguente dedicato alla nozione di organo *de facto*.

⁵⁶ Rapporto del panel del 31 luglio 2000, *Corée - Mesures affectant les importations de viande de boeuf fraîche, réfrigérée et congelée*, WT/DS161/R, WT/DS169/R.

exportations de blé et le traitement des grains importés, lo statuto d'impresa commerciale pubblica e delle attività da essa poste in essere non era oggetto di controversia⁵⁷. Al tempo stesso, è interessante notare che nel secondo caso, gli Stati Uniti, al momento di promuovere il ricorso contro il Canada, non hanno fatto riferimento a comportamenti specifici dell'impresa commerciale di Stato canadese, ma hanno considerato il complesso delle sue attività contrario all'art. XVII in virtù dei poteri speciali ad essa conferiti⁵⁸. In altri termini, gli Stati Uniti hanno considerato l'attività dell'impresa di Stato canadese un'emanazione diretta del suo statuto. Il fatto che né il Canada, né il panel hanno contestato quest'impostazione⁵⁹ è significativo, in quanto conferma indirettamente la stretta correlazione esistente fra natura pubblica dell'attività posta in essere da un'impresa commerciale e poteri speciali ad essa conferiti.

Volendo confrontare il regime previsto dal GATT con il principio codificato nell'art. 5 del testo sulla responsabilità, è possibile constatare che le condizioni che devono essere

⁵⁷ Nel primo caso il panel ha considerato la Corea responsabile della violazione dell'art. XI e dell'art. XVII causata dall'adozione di alcune misure restrittive prese dal LPMO, un organismo di commercio statale incaricato di amministrare il regime d'importazione di carne di manzo. In particolare il LMPO non aveva emesso un bando di gara e si era rifiutato d'inserire nel mercato coreano la carne di manzo importata. Il fatto che i comportamenti di quest'impresa fossero attribuibili alla Corea non era contestato. Il panel si è così limitato a richiamare le caratteristiche salienti di quest'ente che permettono di qualificarlo come un'impresa di Stato, secondo la Nota aggiuntiva relativa agli articoli XI, XII, XIII, XIV e XVIII e secondo l'articolo XVII. A tale proposito, ha messo in rilievo il fatto che i poteri di cui il LMPO è titolare gli sono stati conferiti dal Ministro dell'Agricoltura e delle foreste e che questi poteri corrispondono all'amministrazione del regime d'importazione della carne di manzo (vedi il caso *Corée-Mesures affectant l'importation de boeuf*, cit., par. 763).

Nel secondo caso, il Canada era chiamata a rispondere dell'attività posta in essere dalla Commission canadienne du blé (CCB), un'impresa commerciale di Stato cui è stato conferito il diritto esclusivo di acquistare grano destinato al consumo umano prodotto in tutto l'Ovest canadese e il diritto esclusivo di vendere questo grano sul mercato interno e nei mercati stranieri, così come il diritto d'imporre agli agricoltori canadesi di vendere il loro grano alla CCB ad un prezzo che è inferiore al valore di mercato. Né il Canada, né gli Stati Uniti hanno messo in dubbio che le attività poste in essere dalla CCB rientrassero nella sfera di applicazione dell'art. XVII.

⁵⁸ Vedi il par. 6.27: «Les Etats-Unis ont indiqué que "les actions de la CCB" en ce qui concerne les ventes à l'exportation étaient un élément du régime d'exportation de la CCB. L'expression "les actions de la CCB" ne vise apparemment pas à désigner des opérations de vente à l'exportation spécifiques de la CCB. En fait, il semble que cette expression vise à désigner certains types d'actions de la CCB - des ventes à l'exportation de la CCB non commerciales et discriminatoires - qui seraient le résultat d'autres éléments du régime d'exportation de la CCB. Ainsi, dans la présente affaire, les Etats-Unis déposent plainte non pas au sujet d'opérations de vente à l'exportation spécifiques de la CCB, mais au sujet du fait (allégué) que le régime d'exportation de la CCB conduit nécessairement à des "actions de la CCB" non conformes en ce qui concerne les ventes à l'exportation», dove per regime d'esportazione gli Stati Uniti intendono. «la structure juridique et le mandat de la CCB, les privilèges dont jouit la CCB et les incitations créées par ces privilèges» (vedi par. 6.24).

⁵⁹ Vedi il par. 6.28: «Il ressort clairement de ce qui précède que les Etats-Unis formulent une contestation en soi qui concerne le régime d'exportation de la CCB considéré dans son intégralité. Le Canada n'a pas fait valoir que le Groupe spécial ne devrait pas évaluer la compatibilité avec les règles de l'OMC du régime d'exportation de la CCB tel qu'il est défini par les Etats-Unis. En outre, aucune des tierces parties n'a fait part de préoccupations à cet égard. Aux fins de son analyse, le Groupe spécial considérera qu'il peut connaître de la contestation en soi présentée par les États-Unis au sujet du régime d'exportation de la CCB».

soddisfatte per attribuire allo Stato i comportamenti di enti parastatali sono le stesse. Sia nel quadro del GATT che nell'ambito del diritto internazionale, i criteri che devono essere soddisfatti sono due. In primo luogo, la natura di questi enti o delle loro prerogative deve essere pubblica, ovvero deve avere come fondamento il diritto interno. In secondo luogo, il contenuto delle attività poste in essere da questi soggetti deve essere connesso alle prerogative loro conferite⁶⁰.

Per quanto riguarda gli altri accordi dell'Allegato 1A, l'accordo sull'agricoltura stabilisce lo stesso principio previsto dalla Nota aggiuntiva relativa agli art.XI, XII,XIII,XIV e XVIII. In particolare, in base all'art. 4 « les Membres ne maintiendront pas de mesures du type de celles qui ont dû être converties en droits de douane proprement dits ». La nota 1 relativa a quest'articolo inoltre specifica che « ces mesures comprennent (...) les mesures non tarifaires appliquées par l'intermédiaire d'entreprises commerciales d'Etat »⁶¹. È quindi possibile estendere a questa disposizione le stesse considerazioni formulate per il GATT.

L'accordo sull'agricoltura fa riferimento alla categoria degli enti parastatali non solo nell'art. 4 ma anche nell'art. 9. In particolare, il par. 1 a) di questa disposizione include fra le sovvenzioni all'esportazione soggette al regime di riduzione l'« octroi, par les pouvoirs publics ou leurs organismes, de subventions directes, y compris des versements en nature, à une entreprise, à une branche de production, à des producteurs d'un produit agricole, à une coopérative ou autre association de ces producteurs ou à un office de commercialisation, subordonné aux résultats à l'exportation ». La portata dell'espressione « les pouvoirs publics ou leurs organismes » è stata oggetto di una controversia fra Canada, da un lato, e Stati Uniti e Nuova Zelanda, dall'altro. In particolare, il panel, nel caso *Canada-Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers* aveva concluso che il Canada aveva violato l'art. 9, par.1 a) dell'accordo sull'agricoltura

⁶⁰ A tale proposito, il commento all'art. 5 sottolinea che « La justification de l'attribution à l'Etat, en droit international, du comportement d'une entité "para étatique" réside dans le fait que le droit interne de l'Etat autorise l'entité en question à exercer certaines prérogatives de puissance publique. Pour que le comportement d'une entité de ce type soit considéré comme un fait de l'Etat aux fins de la responsabilité internationale, il faut donc que ce comportement ait trait à l'activité publique en question et non à d'autres activités, privée ou commerciales, que cette entité exercerait », pp.98-99.

⁶¹ Vedi, a tale proposito, il caso *Corée-Mesures affectant l'importation de bœuf*, in cui il panel stabilisce un'analogia stretta fra l'art.4 dell'accordo sull'agricoltura e l'art. XI del GATT affermando che « s'agissant des mesures relatives aux produits agricoles qui auraient dû être converties en droits de douane on en contingents tarifaires, une violation de l'article XI du GATT et de la note additionnelle y relative concernant les transactions relevant du commerce d'Etat constituerait forcément une violation de l'article 4:2 de l'Accord sur l'agriculture et de la note de bas de page y relative qui se rapportent aux mesures non tarifaires appliquées par l'intermédiaire d'entreprises commerciales d'Etat », rapporto del panel, *Corée-Mesures affectant l'importation de bœuf*, cit., par. 762.

a causa dell'erogazione di sovvenzioni all'esportazione da parte degli uffici provinciali canadesi di commercializzazione del latte⁶². Il Canada ha contestato in appello la decisione del panel sostenendo che gli uffici provinciali di commercializzazione del latte non erano "organismi pubblici" ai sensi dell'art. 9 dell'accordo sull'agricoltura. L'Organo di appello, ha dovuto, quindi, interpretare l'espressione "poteri pubblici o loro organismi" ed è giunto alla conclusione che «l'élément essentiel qui caractérise les "pouvoirs publics" est (...) que ceux-ci ont le pouvoir effectif de soumettre les individus à des "règles", à un "contrôle", à une "supervision" ou à d'autres "disciplines" par l'exercice d'un pouvoir légal. Ce sens est dérivé, en partie, des fonctions exercées par les pouvoirs publics, et d'autre part, par le fait que les pouvoirs publics ont le pouvoir d'exercer ces fonctions. Un "organisme public" est, à notre sens, une entité qui exerce des pouvoirs que lui ont conféré les "pouvoirs publics" dans le but d'exercer des fonctions d'un caractère "public", c'est-à-dire "réglementer", "discipliner", "superviser", ou "contrôler" la conduite des particuliers»⁶³. Secondo l'Organo di appello, quindi, due sono i criteri che devono essere soddisfatti per definire un ente come parastatale: in primo luogo quest'ente deve essere titolare di prerogative conferitegli dai poteri pubblici (*origine pubblica dei poteri*), in secondo luogo deve esercitare *funzioni di natura pubblica*, ovvero funzioni che hanno come scopo quello di regolamentare, disciplinare, supervisionare o controllare la condotta di privati. Partendo da questa definizione, l'Organo di appello ha confermato la constatazione del panel secondo la quale gli uffici provinciali di commercializzazione del latte sono degli organismi parastatali canadesi. In effetti, questi enti, esercitano non solo poteri loro delegati dal governo federale e dai governi provinciali, ma anche funzioni pubbliche che consistono nel potere di regolamentare il settore del latte.

La nozione di impresa parastatale accolta dall'Organo di appello non si allontana molto da quella prevista dal GATT per le imprese commerciali di Stato. In entrambi i casi, si fa leva su un criterio *ratione personae* (natura pubblica dell'ente interessato o origine pubblica dei suoi poteri) e su un criterio *ratione materiae* (esercizio di funzioni pubbliche). La differenza principale riguarda la nozione di funzione pubblica. Come è stato sottolineato prima, l'Intesa relativa all'art. XVII definisce le attività "pubbliche" delle imprese commerciali facendo riferimento ai «droits ou privilèges exclusifs ou

⁶² Vedi il rapporto del panel del 17 maggio 1999, *Canada - Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers*, WT/DS103/R-WT/DS113/R.

⁶³ Vedi il rapporto dell'Organo di appello del 13 ottobre 1999, *Canada-Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers*, WT/DS103/AB/R, WT/DS113/AB/R, par.97.

spéciaux, y compris des pouvoirs légaux ou constitutionnels, dans l'exercice desquels elles influent, par leurs achats ou leurs ventes, sur le niveau ou l'orientation des importations ou des exportations ». Questa definizione è più ampia di quella accolta dall'Organo di appello. In effetti non si limita a fare riferimento a poteri di regolamentazione o di controllo, ma estende la sfera di applicazione della disposizione alle pratiche commerciali ordinarie che possono avere un'influenza sul livello od orientamento delle importazioni o delle esportazioni del mercato nazionale nel suo insieme. La soluzione adottata dall'Organo di appello corrisponde, invece, ad una visione tradizionale di funzione pubblica. L'Organo di appello giunge a questa conclusione attraverso un'interpretazione testuale dell'espressione «organismes publics» dell'art. 9:1a), basata sulla definizione proposta dal *Blak's Law Dictionary*. Questa lettura è comprensibile se si tiene conto che il caso di specie non dava luogo ad ambiguità interpretative⁶⁴. Resta tuttavia da chiarire quale definizione di attività pubblica dovrebbe essere accolta dall'Organo di appello nell'ipotesi in cui le attività in causa non costituissero una manifestazione tradizionale dell'esercizio di poteri pubblici, ma comportassero la produzione di beni o l'erogazione di servizi che incidono sugli interessi di tutta la collettività.

Tenuto conto che l'accordo sull'agricoltura non offre indicazioni sull'estensione della sfera di attività che possono essere considerate "pubbliche", l'Organo di appello potrebbe ricorrere a titolo sussidiario al diritto internazionale. Come è stato messo in luce all'inizio di questo paragrafo, il diritto internazionale accoglie una nozione molto flessibile di attività pubblica, rispettosa della tradizione, in materia di organizzazione dei poteri, propria di ciascun Stato della Comunità internazionale. Il parametro principale che permette di soddisfare quest'esigenza è il diritto interno. In altri termini, per chiarire quali attività poste in essere da un ente parastatale rilevino della sfera pubblica il primo passo da effettuare consisterà nel valutare se ricadono nell'ambito dei diritti speciali ad esso conferiti dal diritto nazionale. Altre indicazioni importanti potranno essere offerte dalla finalità perseguita dall'ente parastatale e dall'esistenza o meno di un controllo da parte delle autorità di governo.

Per quanto riguarda gli altri accordi dell'Allegato 1A, è possibile ravvisare riferimenti ad enti parastatali anche nell'accordo sulle sovvenzioni e le misure compensative,

⁶⁴ I comportamenti degli uffici provinciali di commercializzazione contestati corrispondevano alla definizione classica di funzione di governo, poiché consistevano nell'adozione di regolamenti che potevano essere fatti rispettare tramite il ricorso ad un tribunale oppure alla forza pubblica. Vedi il rapporto dell'Organo di appello, par.100.

nell'accordo sulle misure di salvaguardia, nell'accordo sulle misure sanitarie e fitosanitarie (SPS) ed infine nell'accordo sugli ostacoli tecnici agli scambi (TBT).

L'accordo sulle sovvenzioni e le misure compensative contempla una regola analoga a quella enunciata nell'art. 9 dell'accordo sull'agricoltura⁶⁵. È, quindi, possibile estendere a questo accordo le considerazioni formulate in relazione al settore agricolo.

L'accordo sulle misure di salvaguardia stabilisce al par. 3 dell'art. 11 che «les Membres n'encourageront ni ne soutiendront l'adoption ou le maintien en vigueur, par des entreprises publiques et privées, de mesures non gouvernementales équivalentes à celles qui sont visées au par.1». Questa disposizione a prima vista non offre indicazioni sulla responsabilità delle parti contraenti per atti posti in essere da enti parastatali nell'esercizio di funzioni pubbliche dal momento che si limita a fare riferimento all'ipotesi di adozione da parte di questi soggetti di misure non governative. Se, tuttavia, si interpreta questo principio *a contrario*, è possibile considerare le parti contraenti direttamente responsabili per le attività governative di questi enti⁶⁶.

Infine, sia l'accordo sull'applicazione delle misure sanitarie e fitosanitarie che l'accordo sugli ostacoli tecnici al commercio stabiliscono una distinzione tra obblighi a carico dell'istituzioni del governo centrale e quelli a carico di enti non governativi stanziati nel territorio della parte contraente⁶⁷. La nozione di ente non governativo è precisata nel par.8 dell'Allegato 1 del secondo accordo in cui si legge che un organismo non governativo è «un organisme autre qu'une institution du gouvernement central ou qu'une institution publique locale, y compris un organisme non gouvernemental légalement habilité à faire respecter un règlement technique». Questa definizione per esclusione non offre indicazioni specifiche sui criteri che devono essere seguiti per identificare gli organismi non governativi. Il criterio *ratione personae* previsto dagli altri accordi dell'Allegato A, ovvero il fatto che l'ente parastatale sia un ente pubblico o titolare di prerogative di origine pubblica, è menzionato indirettamente nel par. 8 dell'Allegato 1

⁶⁵ In base all'art. 1.1 a) «Aux fins du présent accord, une subvention sera réputée exister s'il y a une contribution financière des pouvoirs publics ou de tout organisme public du ressort territorial d'un Membre».

⁶⁶ A tale proposito, vedi SANTIAGO M.VILLALPANDO, *cit.*, p. 404.

⁶⁷ In base all'art. 13 dell'accordo sulle misure sanitarie e fitosanitarie: «Les Membres (...) prendront toutes mesures raisonnables en leur pouvoir pour faire en sorte que les entités non gouvernementales de leur ressort territorial (...) se conforment aux dispositions pertinentes du présent accord ». In base all'art.3 dell'accordo sugli ostacoli tecnici agli scambi «Les Membres prendront toutes mesures raisonnables en leur pouvoir pour faire en sorte que (...) [les] organismes [non gouvernementaux] se conforment aux dispositions de l'art.2» che disciplina l'elaborazione, adozione e applicazione di regolamenti tecnici da parte delle istituzioni del governo centrale.

dell'accordo TBT, in cui si sottolinea che l'organismo non governativo deve essere abilitato «*dégalement*», ovvero dal diritto interno, a fare rispettare un regolamento tecnico. Al tempo stesso, la necessità di soddisfare il criterio *ratione materiae*, ovvero l'esercizio da parte dell'organismo non governativo di prerogative pubbliche, deriva dal dettato dell'art. 3 dell'accordo sugli ostacoli tecnici agli scambi che prevede esclusivamente obblighi a carico di soggetti che esercitano funzioni aventi presumibilmente carattere pubblico⁶⁸. Anche se esiste una corrispondenza fra le condizioni per l'identificazione d'imprese parastatali disciplinate dagli altri accordi e gli accordi SPS e TBT, resta comunque la difficoltà di sapere se è possibile stabilire un collegamento diretto fra i comportamenti di questi soggetti e lo Stato. In effetti, sia l'art. 3 dell'accordo sugli ostacoli tecnici, sia l'art. 13 sugli ostacoli sanitari e fitosanitari non prevedono degli obblighi di risultato, ma degli obblighi di diligenza. Questo regime attenuato ha indotto Villalpando a considerare le condizioni di attribuzione previste dall'art. 3 dell'accordo sugli ostacoli tecnici molto più ristrette rispetto a quelle stabilite dal diritto internazionale della responsabilità. L'autore, facendo riferimento all'art. 14⁶⁹ dello stesso accordo sottolinea il fatto che «dispute settlement provisions (...) is triggered only when "satisfactory results" were not achieved; moreover, the conduct of the authority or body in question is not directly attributed to the State, but rather treated "as if" it was the Member's»⁷⁰. Altri autori, invece, fanno leva sul par. 5 dell'art. 3 dell'accordo sugli ostacoli tecnici ai sensi del quale «les Membres sont pleinement responsables (...) du respect de toutes les dispositions de l'article 2»⁷¹ per concludere in favore di una responsabilità diretta dello Stato per i comportamenti di queste entità. In particolare, questi autori propongono di risolvere la contraddizione esistente *prima facie* fra queste disposizioni facendo riferimento per analogia ai criteri d'interpretazione previsti dall'Intesa relativa all'art. XXIV dell'accordo GATT 94⁷². Qualora si accolga

⁶⁸ L'art. 2 al quale l'art. 3 fa rinvio disciplina le attività di elaborazione, adozione ed applicazione dei regolamenti tecnici, funzioni queste ascrivibili alla nozione tradizionale di esercizio dei poteri pubblici.

⁶⁹ Secondo l'articolo 14:4 «Les dispositions relatives au règlement des différends (...) pourront être invoquées dans les cas où un Membre estimera qu'un autre Membre n'est pas arrivé à des résultats satisfaisants au titre des articles 3, 4, 7, 8 et 9, et que ses intérêts commerciaux sont affectés de façon notable. A cet égard, ces résultats devront être équivalents à ceux envisagés, comme si l'institution en question était un Membre (italique ajouté)».

⁷⁰ Vedi SANTIAGO M. VILLALPANDO, *cit.*, p. 407.

⁷¹ L'art. 13 dell'accordo sulle misure sanitarie e fitosanitarie stabilisce, a sua volta, che «les Membres sont pleinement responsables au titre du présent accord du respect de toutes les obligations qui y sont énoncées».

⁷² Vedi A. LIGUSTRO, *Gli ostacoli non tariffari al commercio*, in P. PICONE e A. LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, *cit.*, p. 204. Per quanto riguarda l'interpretazione del par. 12 dell'articolo XXIV e della corrispondente Intesa, vedi il paragrafo precedente.

quest'interpretazione, le condizioni di attribuzione allo Stato dei comportamenti di organismi non governativi che operano nel quadro degli accordi TBT e SPS non sono diverse da quelle stabilite dall'art. 5 del testo della CDI.

Per quanto riguarda, infine, gli accordi di altri allegati, riferimenti ad enti parastatali sono rinvenibili sia nell'accordo GATS dell'allegato 1B che nell'accordo sugli appalti pubblici dell'allegato 4. In particolare, in base all'art. 1 par. 3 a) ii dell'accordo GATS, con la formula "misure dei Membri" s'intende anche quelle prese da «organismes non gouvernementaux lorsqu'ils exercent des pouvoirs délégués par des gouvernements centraux, régionaux ou locaux». Questa disposizione conferma, utilizzando termini diversi, la regola prevista dall'art. 5 del testo della CDI. Al tempo stesso, nella passaggio successivo si specifica che «dans la mise en oeuvre de ses obligations et engagements au titre de l'Accord, chaque Membre prendra toutes mesures raisonnables en son pouvoir pour que, sur son territoire, (...), les organismes non gouvernementaux les respectent». Il riferimento all'adozione di qualunque misura ragionevole non impedisce di considerare lo Stato direttamente responsabile dei comportamenti di organismi non governativi stanziati sul suo territorio. Questo passaggio, in effetti, crea solamente a carico dello Stato un obbligo aggiuntivo di diligenza, senza escludere una responsabilità diretta delle parti contraenti per fatti di enti parastatali contrari all'accordo. Tale interpretazione è confermata dal dettato stesso dell'art. 1 par.3:a) che, utilizzando l'aggettivo "suoi" attribuisce direttamente allo Stato tutti gli obblighi contemplati dall'accordo, ivi compresi quelli indirizzati ad organismi non governativi.

Per quanto riguarda infine l'accordo plurilaterale sugli appalti pubblici, gli enti contemplati da questo trattato, come è stato messo in luce nel paragrafo precedente, sono indicati da ciascuna parte contraente nell'Appendice 1. L'allegato 3 di quest'appendice contiene una lista di tutte le entità che gestiscono appalti pubblici diverse da quelle previste dall'allegato 1 (entità del governo centrale) e dall'allegato 2 (entità dei governi sub-centrali). L'accordo non stabilisce criteri specifici per definire la lista dei soggetti dell'allegato 3⁷³. L'assenza di un regime giuridico uniforme per l'attribuzione allo Stato dei comportamenti degli enti parastatali rende difficile chiarire in base a criteri oggetti la sfera di applicazione *ratione personae* del terzo allegato. In questo caso, il diritto internazionale della responsabilità potrebbe svolgere un ruolo sussidiario importante per

⁷³ Gli Stati Uniti, ad esempio, hanno incluso nell'allegato 3 solamente enti di natura strettamente pubblica, mentre la Comunità europea ha inserito nelle sue liste anche soggetti di diritto privato titolari di privilegi esclusivi o speciali. Vedi A. LIGUSTRO, *I pubblici appalti*, in P. PICONE e A. LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, cit., p.273.

stabilire quali attività degli enti menzionati siano passibili di essere attribuiti allo Stato e quali enti pur non essendo esplicitamente menzionati siano riconducibili a quelli contemplati nelle liste dell'allegato.

Concludendo, le regole in materia di attribuzione allo Stato dei comportamenti di enti parastatali previste dal diritto dell'OMC, da un lato, e il diritto internazionale, dall'altro non sono molto diverse. In entrambi i casi, lo Stato è direttamente responsabile dei comportamenti posti in essere da un ente parastatale nell'esercizio dei poteri pubblici ad esso conferiti. In entrambi i casi, per attribuire allo Stato il fatto di un ente parastatale è necessario verificare, alla luce delle caratteristiche soggettive dell'ente nonché del tipo di attività svolta, se il comportamento contestato è espressione della funzione di governo. Questi criteri non sempre sono codificati in modo esplicito ed uniforme nel quadro dell'OMC. Talvolta, gli accordi allegati al trattato istitutivo dell'OMC ricorrono ad espressioni ambigue⁷⁴, talvolta non offrono indicazioni adeguate⁷⁵. Il diritto internazionale ed in particolare la regola generale codificata nell'art. 5 del testo della CDI potrebbe contribuire in modo determinante a chiarire la portata del regime d'imputazione contemplato dagli accordi OMC ed a colmare le eventuali lacune. Nel primo caso, sarebbe possibile invocare il diritto internazionale semplicemente facendo leva sull'art. 31.3c) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati cui l'art. 3.2 dell'Intesa di soluzione delle controversie dell'OMC fa rinvio. Nel secondo caso, il diritto internazionale potrebbe essere applicato a titolo di fonte integrativa solo a condizione di considerare il diritto dell'OMC un ordinamento particolare oppure una fonte di diritto speciale del diritto internazionale generale.

⁷⁴ Si veda, a tale proposito, l'art. XVII, che stabilisce a carico delle parti contraenti l'obbligo di "assicurare" che le imprese commerciali di Stato rispettano il principio di non discriminazione senza chiarire se le prime sono *ipso facto* responsabili per i comportamenti delle seconde. Si veda parimenti, l'art. 9, par.1 a) dell'accordo sull'agricoltura che ricorre alla nozione generica di "organismo pubblico" senza precisarne la portata.

⁷⁵ Si veda, in particolare, l'accordo plurilaterale sugli appalti pubblici che non indica alcun criterio per delimitare la sfera di applicazione *ratione personae e materiae* dell'allegato 3.

Sezione II

Lo Stato ed i privati

Questa sezione esamina le condizioni previste dal diritto internazionale generale e dal diritto dell'OMC per attribuire allo Stato i fatti di privati che, pur non esercitando funzioni di governo, agiscono per suo conto (par.1) oppure i fatti di privati che agiscono di propria iniziativa (par.2).

Tenuto conto che una delle finalità principali del diritto del commercio internazionale è limitare il più possibile l'ingerenza dello Stato nella sfera delle attività commerciali, al fine di favorire la libera concorrenza fra imprese private, si potrebbe immaginare che il diritto dell'OMC stabilisca dei collegamenti più attenuati fra sfera pubblica e sfera privata, rispetto a quelli previsti dal diritto internazionale. In realtà, come verrà messo in luce nei prossimi due paragrafi, il diritto dell'OMC presenta notevoli lacune in materia, che sono state colmate da panel ed Organo di appello attraverso il ricorso a criteri che, non solo non trovano riscontro nel diritto internazionale generale, ma sono anche discutibili, dal punto di vista delle finalità dell'ordinamento OMC.

Lo scopo dell'analisi comparata condotta in questa sezione consiste appunto nell'evidenziare l'esistenza di lacune nel quadro dell'OMC che potrebbero essere colmate dal diritto internazionale in modo tale da favorire e non penalizzare le finalità specifiche di quest'ordinamento.

2.1 Attribuzione allo Stato del comportamento di organi di fatto

In base all'art. 5 del testo di codificazione, come è già stato messo in luce nel paragrafo precedente, i comportamenti di enti privati possono essere attribuiti allo Stato solo se comportano l'esercizio di prerogative pubbliche. Se i privati invece pongono in essere azioni estranee alla sfera pubblica, sarà possibile stabilire un collegamento giuridico fra questi e lo Stato solo a condizione che esista una relazione di direzione o di controllo del secondo nei confronti dei primi.

Questa regola è codificata nell'art. 8 del testo sulla responsabilità in cui si stabilisce che :
«Le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international si cette personne ou ce groupe de personnes, en adoptant ce comportement, agit en fait sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de cet Etat».

Il fatto che lo Stato, in queste circostanze, possa essere responsabile anche delle attività private poste in essere da un individuo o da un gruppo d'individui emerge dal commento all'art. 8, in cui si sottolinea l'irrelevanza, ai fini della delimitazione della sfera di applicazione di questa disposizione, della natura privata o pubblica delle persone in questione o del loro comportamento⁷⁶.

Questa precisazione segna un cambiamento importante rispetto agli orientamenti manifestati dalla CDI nel corso degli anni '70. Basti pensare al terzo rapporto del Relatore speciale Roberto Ago, in cui, al fine di delimitare i comportamenti di privati che agiscono di fatto per conto dello Stato, si evidenziava che «le critères dont s'inspire le droit international (...) veut qu'on tienne compte du caractère public de la fonction ou de la mission dans l'exercice de laquelle l'action ou omission contraire au droit international a été commise»⁷⁷.

Il fatto che il commento finale dell'art. 8 faccia esplicitamente riferimento anche ad attività diverse da quelle pubbliche è particolarmente importante per valutare l'esistenza di collegamenti fra diritto internazionale e diritto dell'OMC in materia di organi *de facto*, dal momento che permette di tenere conto di attività private quali la produzione, il commercio di beni o l'erogazione di servizi, che sono disciplinate nel quadro dell'OMC e in cui la condotta di soggetti privati è suscettibile d'incidere sul rispetto delle norme OMC, talvolta perfino in misura maggiore dei comportamenti tenuti da organi statali o enti parastatali.

Detto questo, è possibile volgere l'attenzione verso l'aspetto più controverso della codificazione della regola che attribuisce allo Stato il comportamento di privati che agiscono in qualità di organi di fatto, ovvero la definizione della relazione che deve esistere fra Stato e privati per considerare quest'ultimi la *longa manus* del primo⁷⁸.

⁷⁶ Vedi il commento all'art.8, p. 110.

⁷⁷ Vedi *Troisième rapport sur la responsabilité de Etats*, A/CN.4/246, in RAGO, *Scritti sulla responsabilità internazionale degli Stati*, vol.II,1, cit., p. 518. La scelta di attribuire allo Stato solamente i fatti di organo *de facto* che ricadevano nell'ambito della sfera pubblica è stata vivamente criticata dalla dottrina dal momento tale impostazione non prendeva sufficientemente in considerazione il fatto che «que les Etats, au-delà, des fonctions étatiques classiques (la législation, l'administration et la juridiction) s'adonnent de nos jours toujours davantage à des activités nouvelles, comme la production et le commerce, sans engager les prérogatives de la puissance publique dans chaque acte y relatif». Vedi L.CONDORELLI, cit., p. 73. L'autore non si limita a menzionare enti privati, ma fa riferimento anche ad enti pubblici territoriali, istituti pubblici ed imprese statali, allorché questi soggetti pongono in essere attività che ricadono nella sfera del diritto privato..Vedi L.CONDORELLI, cit., p. 75.

⁷⁸ Per avere un quadro completo della prassi internazionale in materia d'imputazione allo Stato dei comportamenti di organi di fatto vedi C.KRESS, *L'organe de facto en droit international public. Réflexions sur l'imputation à l'Etat de l'acte d'un particulier à la lumière des développements récents*, in *Revue générale de droit international public*, 2001, pp. 94-142 e G.BARTOLINI, *Organi di fatto e responsabilità internazionale: recenti sviluppi*, *La Comunità internazionale*, 2001, pp. 435-473.

Sia il Relatore speciale Roberto Ago che la Corte internazionale di giustizia hanno privilegiato un approccio restrittivo. In particolare, il primo ha sottolineato che la responsabilità statale nasce solamente quando la persona o il gruppo di persone è stato esplicitamente incaricato dallo Stato di eseguire un atto contrario al diritto internazionale⁷⁹. La Corte internazionale di giustizia, nel caso *Nicaragua*, ha precisato questo criterio, ammettendo la possibilità di far valere una responsabilità statale solamente nell'ipotesi in cui lo Stato abbia «ordonné ou imposé» la perpétration di fatti illeciti ed abbia esercitato un «contrôle effectif» sulle operazioni nel corso delle quali le violazioni in questione si sono prodotte⁸⁰. Queste due condizioni possono essere considerate alternative l'una rispetto l'altra. Se si accoglie quest'interpretazione del caso *Nicaragua*, il controllo effettivo costituisce un criterio più attenuato rispetto a quello dell'istigazione dell'atto concreto poiché permette di attribuire allo Stato anche i comportamenti che non sono stati ordinati in modo specifico dagli organi *de iure* dello Stato, ma che sono stati posti in essere nel quadro di un'operazione che era effettivamente controllata dallo Stato⁸¹. Una parte della dottrina è però più propensa a

⁷⁹ Vedi *Troisième rapport*, cit. pp. 514-527. La CDI ha fatto propria questa concezione ed ha deciso d'introdurre nel progetto l'art. 8 ai sensi del quale «Est aussi considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes si : il est établi que cette personne ou ce groupe de personnes agissait en fait pour le compte de cet Etat». Questa disposizione è stata inclusa nella prima parte del progetto dedicata all'origine della responsabilità che è stata adottata dalla CDI nel 1980 ed è stata ripresa nel progetto di articoli adottato in prima lettura nel 1996. Il Relatore ha avuto la possibilità di chiarire la portata di questa regola anche nella sua opinione individuale relativa al caso *Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique*, in cui ha affermato che «Les seuls cas où il serait possible de [voir dans des membres de la contra des personnes ou des groupes agissant au nom et pour le compte des Etats-Unis d'Amérique] seraient ceux où certains membres de la contra auraient été spécifiquement chargés par des autorités des Etats-Unis de commettre pour le compte de celles-ci une action ou remplir une tâche ponctuellement déterminée. Ce n'est que dans cette hypothèse que le droit international admet, à titre tout à fait exceptionnel, qu'un comportement de personnes ou de groupes ne revêtant pas la qualité d'agents ou d'organes d'un Etat (...) puisse être tenu pour un fait de cet Etat», *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, C.J.I., 1986, par.188-189.

⁸⁰ Secondo la Corte «Pourtant, malgré les subsides importants et les autres formes d'assistance que leur fournissent les Etats-Unis, il n'est pas clairement établi que ceux-ci exercent en fait sur les contras dans toutes leurs activités une autorité telle qu'on puisse considérer les contras comme agissant en leur nom(...) Toutes modalités de participation des Etats-Unis qui viennent d'être mentionnées, et même le contrôle général exercé par eux sur une force extrêmement dépendante à leur égard, ne signifieraient pas eux-mêmes, sans preuve complémentaire, que les Etats-Unis aient ordonné ou imposé la perpétration des actes contraires aux droits de l'homme et au droit humanitaire allégués par l'Etat demandeur. Ces actes auraient pu fort bien être commis par des membres de la force contra en dehors du contrôle des Etats-Unis. Pour que la responsabilité juridique de ces derniers soit engagée, il devrait en principe être établi qu'ils avaient le contrôle effectif des opérations militaires ou paramilitaires au cours desquelles les violations en question se seraient produites», vedi il caso *Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique*, cit., p.62, 64,65.

⁸¹ Secondo James Crawford «bien qu'il n'existât pas de désaccord entre le juge Ago et la majorité de la Cour quant au résultat, il y avait une différence d'approche. La Cour était prête à tenir les Etats-Unis pour responsables du comportement des contras dans le cadre d'opérations spécifiques, à propos desquelles avait été démontré le "contrôle effectif" des Etats-Unis, tandis que le juge Ago exigeait rien de moins qu'une autorisation spécifique du comportement illicite lui-même», vedi *Premier rapport sur la responsabilité des Etats* présenté par M. James Crawford pendant la cinquantième session de la CDI, 22 luglio 1998, A/CN.4/490/Add.5, p. 20, par.203.

considerare le due condizioni enunciate dalla Corte cumulative. In tal caso, le formule “istigazione qualificata” e “controllo effettivo” possono essere applicate in modo interscambiabile ed entrambe fanno riferimento a due elementi: da un lato, l’istigazione dell’atto concreto, dall’altro, l’esercizio da parte dell’istigatore di una certa « *autorité de fait sur la personne à qui l’instigation est adressée* »⁸². La Camera di appello del Tribunale penale internazionale per l’ex-Yugoslavia nel caso *Tadic* ha fatto propria la seconda interpretazione, confermando che due sono le condizioni che devono essere soddisfatte al fine di attribuire allo Stato i fatti di particolari: in primo luogo l’esercizio di una certa misura di autorità degli organi *de iure* sull’individuo; in secondo luogo, l’esistenza di un’istruzione specifica relativa alla perpetrazione dell’atto in questione⁸³. Al tempo stesso, la Camera di appello ha introdotto un criterio nuovo d’imputazione che riguarda una categoria particolare d’individui: le persone che fanno parte di un gruppo organizzato e strutturato in modo gerarchico. In questo caso specifico, il criterio del controllo effettivo/istigazione qualificata può essere sostituito da quello del controllo globale⁸⁴. Questa nozione è più estesa di quella utilizzata dalla Corte internazionale di giustizia. In primo luogo, non è necessario che gli organi *de iure* ordinino ai privati di compiere l’atto concreto che ha dato luogo alla violazione. A tale proposito, è sufficiente che l’atto sia parte integrale di un’operazione generale che è stata realizzata grazie al sostegno degli organi *de iure*. In secondo luogo, la condizione di subordinazione del privato nei confronti degli organi *de iure* può corrispondere non solo ad un esercizio di autorità dei secondi sulla volontà del primo, ma anche ad un contributo (nella preparazione, direzione, sostegno finanziario o logistico e pianificazione), che è essenziale per realizzare l’operazione⁸⁵.

La Commissione di diritto internazionale, tenuto conto delle notevoli evoluzioni che la regola sugli organi *de facto* ha conosciuto in quest’ultimi anni, ha deciso di modificare il

⁸² CLAUS KRESS, *L'organe de facto en droit international public. Réflexions sur l'imputation à l'Etat de l'acte d'un particulier à la lumière des développements récents*, cit., p.106.

⁸³ Vedi la sentenza del 15 luglio 1999 della Camera di appello del T.I.P.Y., *Procureur c. Dusko Tadic*, IT-94-I-A, par. 118.

⁸⁴ La nozione di controllo globale era già stata utilizzata dalla Corte europea dei diritti dell’uomo nel caso *Loizidou* ma i contenuti, la *ratio* e il fondamento giuridico di questo concetto non erano stati precisati. Vedi *Loizidou c. Turquie*, CEDH, série A, No 707, 1996 e in particolare il par. 56 in cui ha affermato che «Il ne s’impose pas de déterminer si (...) la Turquie exerce en réalité dans le détail un contrôle sur la politique et les actions des autorités de la “RTCN”. Le grand nombre de soldats participant à des missions actives dans le nord de Chypre (...) atteste que l’armée turque exerce en pratique un contrôle global sur cette partie de l’île. D’après le critère pertinent et dans les circonstances de la cause, ce contrôle engage la responsabilité à raison de la politique et des actions de la “RTCN” (italiques ajoutées)».

⁸⁵ Vedi la sentenza *Tadic*, cit., par. 137 et C.KRESS, cit., p.131.

dettato dell'art. 8a) del progetto del 1996⁸⁶ prevedendo tre criteri di attribuzione alternativi: l'istruzione, la direzione ed il controllo. In base alla regola tradizionale fatta propria dal relatore speciale Roberto Ago, il criterio dell'*istruzione* comporta che lo Stato sia responsabile delle violazioni che sono state ordinate dai suoi organi *de iure* e sono state compiute materialmente da privati⁸⁷. La portata dei criteri di *direzione* e *controllo*, invece, è più difficile da decifrare. In effetti, da un lato, si afferma chiaramente che questi due criteri sono alternativi, dall'altro, li si commenta insieme⁸⁸.

In primo luogo, si sottolinea che queste due condizioni sono più attenuate rispetto alla prima perché permettono di attribuire allo Stato non solo le violazioni che sono state ordinate specificatamente da quest'ultimo, ma anche tutti gli illeciti che sono stati compiuti nel quadro di un'operazione che è stata diretta o controllata dall'apparato statale. In seguito, si focalizza l'attenzione sul tipo di direzione o controllo che deve essere esercitato dagli organi *de iure* facendo riferimento ai criteri desumibili dalla giurisprudenza *Nicaragua* e *Tadic*, ma senza accogliere una soluzione univoca⁸⁹. L'unica considerazione che è possibile formulare con certezza è che la CDI ha voluto creare un fondamento giuridico per estendere la nozione di controllo effettivo elaborata dalla Corte internazionale di giustizia senza, però, mantenere la distinzione stabilita dalla Camera di appello del T.P.I.Y. tra organi *de facto* individuali e organi *de facto* che agiscono nel quadro di una struttura gerarchica.

Riflessioni a sé stanti, infine, sono riservate alla categoria delle società o imprese che appartengono o sono controllate dallo Stato. Da un lato, la CDI conferma la regola di attribuzione disciplinata dall'art. 5⁹⁰, dall'altro, stabilisce la possibilità d'imputare allo Stato i fatti di questi soggetti, anche se non comportano l'esercizio di prerogative pubbliche, nell'ipotesi in cui «l'Etat utilisait sa position de propriétaire ou de contrôle de la société spécialement pour parvenir à un résultat particulier»⁹¹. In altri termini, il criterio che prevale allo scopo di attribuire allo Stato i fatti di società o d'imprese che agiscono nel quadro del diritto privato è quello del controllo concepito nel senso di costrizione sulla libertà di scelta della società o dell'impresa al fine di realizzare un

⁸⁶ Vedi la nota 78.

⁸⁷ Vedi il par.1 del commento all'art. 8, p. 109.

⁸⁸ Vedi il Commento all'art.8, p. 114, par. 7 e p. 110, par.3.

⁸⁹ Nel commento si legge «En tout état de cause, c'est au cas par cas qu'il faut déterminer si tel ou tel comportement précis était ou n'était pas mené sous le contrôle d'un Etat et si la mesure dans laquelle ce comportement était contrôlé justifie que le comportement soit attribué audit Etat», par. 5, p. 112.

⁹⁰ In base all'art. 5 l'origine statale di una società non è sufficiente per attribuire allo Stato il comportamento di questa entità. E' in effetti anche necessario che la violazione perpetuata da questo soggetto abbia comportato l'esercizio di prerogative del potere pubblico. Vedi la sezione precedente.

⁹¹ Vedi il Commento all'art.8, par. 6, p. 113-114.

risultato particolare, piuttosto che quello della contribuzione materiale ed organizzativa per la realizzazione di un'operazione.

Dopo aver chiarito la portata della regola di attribuzione allo Stato del comportamenti di privati che agiscono in qualità di organi *de facto*, nell'ambito del diritto internazionale, è possibile volgere l'attenzione verso il diritto dell'OMC.

Nessuno degli accordi inclusi nei quattro allegati fa riferimento esplicitamente alla categoria degli organi *de facto*. Un rinvio implicito all'esistenza di un legame di questo tipo tra Stato e privati può, tuttavia, essere dedotto dall'art.1.1.a)1)iv dell'accordo sulle sovvenzioni e le misure compensative (Accordo SMC) e dall'art. 9)1:c) dell'accordo sull'agricoltura. In particolare, il primo accordo include fra le sovvenzioni oggetto di disciplina non solo i contributi erogati direttamente dai poteri pubblici o da enti pubblici stanziati nel territorio della parte contraente, ma anche quelli effettuati da un organismo privato nell'ipotesi in cui i poteri pubblici lo incarichino oppure gli impongano di eseguire funzioni di loro competenza⁹². I criteri previsti al fine di stabilire un legame fra versamento di un organismo privato e finanza pubblica sono simili a quelli codificati nel testo della CDI. In effetti, lo Stato può essere tenuto a rispondere dei versamenti realizzati da organismi pubblici sia nell'ipotesi in cui i suoi organi *de iure* abbiano incaricato i privati di erogare questi contributi, situazione quest'ultima che corrisponde all'ipotesi dell'istruzione prevista dall'art. 8 del testo della CDI, sia qualora i suoi organi ordinino ai privati di fare queste operazioni, fattispecie che può essere ricondotta al concetto di *direzione* dal momento che presuppone una relazione di subordinazione fra organo *de facto* e organi *de iure*. Per quanto riguarda il criterio del *controllo* è interessante osservare che in base ai punti j) et k) della Lista esemplificativa delle sovvenzioni all'esportazione dell'accordo SMC, la parte terza che agisce come intermediario fra Stato e i beneficiari di sovvenzioni non deve necessariamente dare seguito ad un'istruzione oppure ad un ordine dei poteri pubblici, ma può semplicemente essere controllata dagli organi statali⁹³. L'uso del termine controllo introduce un

⁹² Vedi l'art. 1.1.a)1)iv dell'accordo SMC. Un esempio di sovvenzioni pubbliche erogate tramite organismi privati è quello dei crediti a tassi facilitati accordati dallo Stato, tramite istituti finanziari privati.

⁹³ La lettera j della lista esemplificativa delle sovvenzioni all'esportazione fa riferimento a «la mise en place par les pouvoirs publics (ou par des organismes spécialisés contrôlés par eux) de programmes de garantie ou d'assurance du crédit à l'exportation, de programmes d'assurance ou de garantie contre la hausse du coût des produits exportés, ou de programmes contre les risques de change, à des taux de primes qui sont insuffisants pour couvrir, à longue échéance, les frais et les pertes au titre de la gestion de ces programmes (italique ajouté)» et la lettre k à «l'octroi par les pouvoirs publics (ou par des organismes spécialisés contrôlés par eux et/ou agissant sous leur autorité) de crédit à l'exportation, à des taux inférieurs à ceux qu'ils doivent effectivement payer pour se procurer les fonds ainsi utilisés (ou qu'ils devraient payer s'ils empruntaient, sur le marché international des capitaux, des fonds assortis des mêmes

elemento d'indeterminazione per quanto riguarda la delimitazione della sfera di applicazione *rationae personae* dell'art.1 poiché estende la nozione di sovvenzione statale prevista dall'art. 1 senza specificare il tipo di relazione che deve sussistere fra organismo "controllato" dallo Stato e lo Stato stesso.

Questa difficoltà d'interpretazione riguarda non solo l'accordo SMC, ma anche l'accordo sull'agricoltura in cui la disposizione che disciplina il legame fra apparato statale ed organismi privati è ancora più vaga. La misura in questione è inclusa nell'art. 9 che individua le categorie di sovvenzioni all'esportazione di prodotti agricoli soggette al regime di riduzione previsto dall'accordo. In particolare, in base alla lettera c) dell'art. 9, par.1, rientrano in tale ambito i «versements à l'exportation d'un produit agricole qui sont financés en vertu d'une mesure des pouvoirs publics, qu'ils représentent ou non une charge pour le Trésor public, y compris les versements qui sont financés par les recettes provenant d'un prélèvement imposé sur le produit agricole considéré ou sur un produit agricole dont le produit exporté est tiré (italique ajouté)». Questa disposizione e, in particolare, la formula *financés en vertu d'une mesure des pouvoirs publics*, è stata oggetto di numerose pronunce da parte dei panel e dell'Organo di appello, due delle quali meritano di essere esaminate.

Il primo rapporto è stato adottato dall'Organo di appello il 3 dicembre 2001⁹⁴, in seguito al ricorso del Canada che contestava alcune questioni di diritto esposte dal panel nel caso *Canada-Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers. Recours des Etats-Unis et de la Nouvelle-Zélande à l'art.21:5 du Memorandum de l'accord*. Una delle questioni sollevate in appello era finalizzata a chiarire se le forniture di "latte di esportazione commerciale ("LEC")" da parte dei produttori di latte canadesi ai trasformatori di latte nazionali davano luogo a "versamenti" all'esportazione di latte "financé en vertu d'une mesure des pouvoirs publics" ai sensi dell'art. 9:1c) dell'accordo sull'agricoltura. In particolare, l'espressione "financé en vertu d'une mesure des pouvoirs publics" era stata interpretata dal panel nel senso che una misura dei poteri pubblici doveva essere «indispensable» per effettuare il versamento, a prescindere dal fatto che i poteri pubblici «forcent», «enjoignent» od «obligent» i produttori a vendere sul mercato

échéances et autres conditions de crédit et libellés dans la même monnaie que le crédit à l'exportation), ou prise en charge de tout ou partie des frais supportés par des exportateurs ou des organismes financiers pour se procurer du crédit, dans la mesure où ces actions servent à assurer un avantage important sur le plan des conditions du crédit à l'exportation (italique ajouté)».

⁹⁴ Rapporto dell'Organo di appello, *Canada-Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers, Recours des Etats-Unis et de la Nouvelle-Zélande à l'art.21:5 du Memorandum de l'accord*, WT/DS103/AB/RW, WT/DS113/AB/RW, 3 dicembre 2001.

di esportazione commerciale⁹⁵. L'Organo di appello si è limitato a constatare che «il est extrêmement difficile (...) de définir dans l'abstrait le caractère précis du lien nécessaire entre la mesure des pouvoirs publics et le financement des versements» e che «l'existence d'un tel lien démontrable doit être déterminée au cas par cas, compte tenu de la mesure des pouvoirs publics particulière en cause et de ses effets sur les versements effectués par une tierce personne»⁹⁶, senza pronunciarsi esplicitamente sulla validità del criterio utilizzato dal panel. In seguito, ha deciso di modificare la decisione del panel di considerare la fornitura di LEC da parte dei produttori di latte nazionali ai trasformatori di latte nazionali un versamento all'esportazione finanziato tramite una misura posta in essere dai poteri pubblici, sottolineando che ciascun produttore era «libre de décider de produire du lait additionnel pour le vendre en tant que LEC» e che non vedeva in che modo la misura dei poteri pubblici canadesi «obligeait» o «amenait» i produttori a produrre del latte aggiuntivo per la vendita all'esportazione⁹⁷. L'Organo di appello, quindi, da un lato, non ha voluto applicare un criterio generale che permettesse di valutare se il legame tra poteri pubblici e privati corrispondesse a quello descritto dall'art. 9)1:c). Dall'altro, ha deciso di non seguire nel caso di specie la soluzione proposta dal panel, privilegiando il criterio di libertà di scelta del privato nei confronti dei poteri pubblici rispetto al livello di dipendenza materiale del primo rispetto alle risorse dei secondi.

Questa decisione, che privilegia un'interpretazione restrittiva della nozione di organo *de facto*, è stata modificata dall'Organo di appello stesso, nel suo secondo rapporto reso il 5 dicembre 2002, in seguito al ricorso del Canada che contestava alcune questioni di diritto del rapporto del panel relativo al caso *Canada-Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers. Deuxième recours des Etats-Unis et de la Nouvelle-Zélande à l'article 21:5 du memorandum d'accord*⁹⁸.

Investito nuovamente della questione di sapere se il panel aveva sbagliato nel constatare che i versamenti effettuati per la vendita del LEC, erano finanziati in virtù di una misura dei poteri pubblici, l'Organo di appello, da un lato, ha confermato l'assenza di un criterio generale che permettesse di definire il legame necessario fra misura dei poteri pubblici e

⁹⁵ Vedi il rapporto del panel, par. 6.37, 6.40, 6.41 e 4.45.

⁹⁶ Vedi il rapporto dell'Organo di appello, *cit.*, par.115.

⁹⁷ Vedi il rapporto dell'Organo di appello, *cit.*, p. 35

⁹⁸ Vedi il rapporto dell'Organo di appello, *Canada-Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers. Deuxième recours des Etats-Unis et de la Nouvelle-Zélande à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord*, WT/DS103/AB/RW2, WT/DS113/AB/RW2, 5 dicembre 2002.

versamenti dei privati⁹⁹, dall'altro, ha sottolineato, facendo riferimento non solo all'art. 9)1c) dell'accordo sull'agricoltura, ma anche all'art.1.1a)1)iv) dell'accordo SMC, che queste disposizioni non esigono che «les versements soient financés en vertu de quelque chose qui est "imposé" ou "ordonné" par les pouvoirs publics. Bien que le terme "mesure" couvre certainement les situations dans lesquelles les pouvoirs publics imposent ou ordonnent que les versements soient effectués, il couvre aussi d'autres situations qui ne donnent pas lieu à une telle contrainte»¹⁰⁰. In seguito, l'Organo di appello ha focalizzato l'attenzione sul carattere essenziale del contributo che i poteri pubblici hanno apportato, sotto forma di erogazione di risorse, ai privati, permettendo loro di agire in violazione dell'accordo sull'agricoltura, piuttosto che sull'esistenza di una costrizione da parte degli organi *de iure* nei confronti dei privati, obbligandoli ad operare in tal senso¹⁰¹. Basandosi su questo parametro, ha confermato la constatazione del panel ed ha concluso che effettivamente la fornitura di LEC, da parte dei produttori ai trasformatori, costituiva un versamento finanziato in virtù di una misura dei poteri pubblici ai sensi dell'art.9:1c) dell'accordo sull'agricoltura.

Leggendo questi rapporti alla luce della regola di diritto internazionale sugli organi *de facto*, è possibile fare due osservazioni.

In primo luogo, l'Organo di appello, sia nel rapporto del 2 dicembre 2001 che in quello del 5 dicembre 2002, si è astenuto dallo stabilire, in casi diversi dall'istruzione, un criterio generale che permetta di precisare il tipo di legame che deve esistere tra Stato e privati, al fine di attribuire i comportamenti dei secondi al primo. Questa forma di autolimitazione è significativa, poiché la CDI stessa, codificando la regola sugli organi di fatto ha incontrato notevoli difficoltà nello specificare il grado e il tipo di controllo che lo Stato deve esercitare per essere considerato responsabile del comportamento posto in essere dal privato, affermando semplicemente che «c'est au cas par cas qu'il faut déterminer si tel ou tel comportement précis était ou n'était pas mené sous le contrôle de

⁹⁹ Vedi il rapporto dell'Organo di appello, *Canada-Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers. Deuxième recours des Etats-Unis et de la Nouvelle-Zélande à l'article 21:5 du Memorandum d'accord*, cit., par. 132.

¹⁰⁰ Rapport de l'Organe d'appelle, *Canada-Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers. Deuxième recours des Etats-Unis et de la Nouvelle-Zélande à l'article 21:5 du Memorandum d'accord*, cit., par. 126.

¹⁰¹ «Nous pensons comme le Groupe spécial que la "mesure des pouvoirs publics" (...) joue un rôle décisif dans le "financement" des versements effectués par un pourcentage important de producteurs sur la vente du LEC. A ce titre, nous pensons comme le Groupe spécial que les versements effectués au moyen de la fourniture de LEC au-dessous du critère du coût de production sont financés en vertu de cette mesure des pouvoirs publics», rapporto dell'Organo di appello, *Canada-Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers. Deuxième recours des Etats-Unis et de la Nouvelle-Zélande à l'article 21:5 du Memorandum d'accord*, cit., par. 144.



l'Etat »¹⁰². La soluzione generale accolta, anche se sotto forma di astensione, da parte dell'Organo di appello, nel settore specifico del diritto del commercio internazionale, è, quindi, analoga a quella codificata dalla CDI, nonostante la giurisdizione dell'OMC non abbia fatto alcun riferimento esplicito al diritto internazionale generale.

In secondo luogo, le due decisioni concrete prese dall'Organo di appello nei due rapporti sorprendono per la loro divergenza. La soluzione diversa del medesimo caso da parte dell'Organo di appello, a distanza di un solo anno, in parte è dovuta all'esistenza di elementi di fatto nuovi. In effetti, nel secondo rapporto, i nuovi dati offerti dalle parti hanno permesso al panel di stabilire con più chiarezza l'esistenza di un legame di stretta dipendenza dei privati dalle misure statali, al fine di disporre delle risorse necessarie per versare le sovvenzioni vietate dall'accordo sull'agricoltura. Questi dati nuovi, tuttavia, non permettono di constatare l'esistenza di un rapporto di subordinazione dei produttori rispetto alla volontà dei poteri pubblici. Nonostante ciò, l'Organo di appello ha considerato i produttori nazionali, organi *de facto* dello Stato canadese. L'Organo di appello, quindi, non ha seguito la linea argomentativa tracciata nel primo rapporto ed ha deciso di estendere la nozione di organo *de facto* a situazioni che non comportano un controllo sulla volontà del privato da parte dell'apparato statale, ma che testimoniano una stretta dipendenza del privato dal sostegno dei poteri pubblici. Questa decisione si allontana dal regime previsto dal diritto internazionale. In effetti, né il commento all'art. 8, né la giurisprudenza accolgono una nozione così ampia di organo *de facto*, tale da attribuire allo Stato anche i comportamenti di privati che dipendono dal suo contributo materiale¹⁰³.

Volendo formulare alcune considerazioni generali sui rapporti fra diritto internazionale e diritto dell'OMC, in materia di attribuzione allo Stato di fatti di organi *de facto*, è possibile anzitutto constatare che quest'aspetto non è disciplinato esplicitamente nel quadro dell'OMC. Solo l'accordo sull'agricoltura e l'accordo SMC vi fanno indirettamente riferimento.

Nonostante l'art. 1 dell'accordo SMC e l'art. 9.1:c) dell'accordo sull'agricoltura, nel definire le condizioni per attribuire allo Stato i comportamenti di privati che agiscono in qualità di organi di fatto, lascino indeterminati molti aspetti che potrebbero essere chiariti

¹⁰² Vedi il commento all'art. 8, par. 5, p. 112.

¹⁰³ Nella sentenza *Tadic*, la Camera di appello ha precisato che il sostegno finanziario o logistico non era un elemento sufficiente per constatare l'esistenza di un controllo globale da parte dello Stato. Vedi sentenza *Tadic*, cit., par.137.

tramite il ricorso al diritto internazionale, panel ed Organo di appello hanno deciso di colmare questi silenzi senza fare riferimento alle regole codificate dalla CDI. Quest'approccio, incentrato su un'interpretazione testuale dell'accordo, senza fare ricorso a strumenti ermeneutici suppletivi, ha condotto l'Organo di appello ad avallare una nozione di organo di fatto molto più ampia di quella prevista dal diritto internazionale.

Questo risultato suscita qualche perplessità se si tiene conto delle ripercussioni generali che tale soluzione può avere sulle finalità perseguite dal diritto dell'OMC nel suo complesso. In particolare, la scelta di attribuire allo Stato tutti i comportamenti decisi liberamente da privati, ma realizzati grazie al sostegno governativo, rischia di produrre, come conseguenza secondaria, un controllo crescente da parte dello Stato sulle attività poste in essere da essi, a scapito della loro autonomia.

Tuttavia, non bisogna sopravvalutare l'impatto della decisione dell'Organo di appello, che è stata presa facendo riferimento solamente al settore delle sovvenzioni. Tenuto conto che gli altri accordi dell'OMC non prevedono alcuna regola sugli organi di fatto, il diritto internazionale potrebbe essere applicato a titolo sussidiario per colmare tale lacuna. Questa soluzione, che circoscriverebbe le ipotesi di responsabilità diretta dello Stato per fatti d'individui, alle sole ipotesi di istruzione, direzione e controllo, sarebbe più conforme alla *ratio* di fondo del diritto del commercio internazionale, che consiste, nel ridurre, il più possibile le interferenze dell'apparato statale nelle attività commerciali liberamente scelte dagli operatori privati.

2.2 Attribuzione allo Stato del comportamento di privati

Ai sensi dell'art. 8 del testo di codificazione lo Stato è responsabile, come è stato messo in luce nella sezione precedente, dei comportamenti posti in essere da soggetti privati nell'ipotesi in cui quest'ultimi abbiano eseguito istruzioni o direttive di organi statali o abbiano agito sotto il loro controllo.

Lo scopo di questo paragrafo consiste nel valutare se il diritto internazionale prevede una regola che attribuisce allo Stato anche i fatti di privati che non rientrano nella sfera di applicazione dell'art. 8.

Nel secondo capitolo del testo di codificazione non ci sono disposizioni che disciplinano esplicitamente questo aspetto. Al tempo stesso, nel commento che introduce il capitolo II si legge che «le comportement de personnes privées n'est pas en tant que tel attribuable à

l'Etat»¹⁰⁴ e nel commento all'art. 11¹⁰⁵ che «le comportement de personnes, groupes ou entités privés (...) n'est pas attribuable à l'Etat s'il ne relève pas de quelque autre article du chapitre II ou il n'a pas été reconnu et adopté par l'Etat comme étant sien»¹⁰⁶.

Questa lettura restrittiva della responsabilità dello Stato per comportamenti di privati che agiscono in quanto tali non è nuova. Al contrario, era già presente nei lavori della CDI degli anni settanta. Il relatore speciale Roberto Ago, nel suo quarto rapporto, aveva, in effetti, escluso l'esistenza di una regola di diritto internazionale che stabilisse una responsabilità diretta o indiretta dello Stato per gli atti posti in essere da privati. Al tempo stesso, i fatti di privati potevano, secondo il relatore, essere rilevanti ai fini della determinazione della responsabilità dello Stato derivante dai comportamenti dei suoi organi. Ago, a tale proposito, definisce, in modo molto efficace, il comportamento dei privati come l'«élément catalyseur de l'illicéité de la conduite des organes étatiques»¹⁰⁷. In altri termini, l'illecito che comporta una responsabilità statale è sempre compiuto da organi *de iure* o *de facto* dello Stato, ma, in alcuni casi, «le manquement ne se complète que lorsque au comportement de l'Etat s'ajoute un événement extérieur»¹⁰⁸. Quest'evento esterno può corrispondere al fatto di un individuo che mette in luce la violazione da parte dello Stato dell'obbligo di prevenire o di punire determinate condotte vietate dal diritto internazionale.

Resta, per altro, il problema di chiarire la portata dell'obbligo generale di prevenzione a carico dello Stato¹⁰⁹. Il relatore speciale Roberto Ago, a tale proposito, mette l'accento sul carattere di dipendenza della violazione internazionale dall'azione o omissione degli organi statali.¹¹⁰ In altri termini, se la violazione che è stata posta in essere da privati può essere realizzata solo tramite l'azione o omissione degli organi statali, quest'azione od omissione cadrà nella sfera di applicazione dell'obbligo di prevenzione.

¹⁰⁴ Vedi Commento al capitolo II, par. 3, p. 84.

¹⁰⁵ Secondo l'art. 11 «un comportement qui n'est pas attribuable à l'Etat selon les articles précédents est néanmoins considéré comme un fait de cet Etat d'après le droit international si, et dans la mesure où, cet Etat reconnaît et adopte ledit comportement comme étant sien».

¹⁰⁶ Vedi il commento all'art. 11, par. 8, p. 129.

¹⁰⁷ Vedi *Quarto rapporto*, Doc. A/CN/4/264 e Add.1, in R.AGO, *Scritti sulla responsabilità internazionale degli Stati*, cit., p. 612, par. 65.

¹⁰⁸ *Ibidem*, nota 120, pp. 612-613.

¹⁰⁹ La sfera di applicazione dell'obbligo di repressione è più facile da delimitare dal momento che riguarda solamente le azioni che gli organi statali devono prendere al fine di punire l'illecito che è stato già commesso. Per quanto riguarda, invece, la portata dell'obbligo di prevenzione, bisogna prendere in considerazione non solo gli atti degli organi statali, ma anche quelli dei privati e tracciare una linea che permetta di stabilire il grado di complicità dello Stato rispetto agli individui.

¹¹⁰ Vedi *Quarto rapporto*, cit., p. 613, par. 66.

Detto questo, è possibile orientare l'attenzione verso gli accordi dell'OMC al fine di valutare se il principio codificato nell'art. 11 del progetto del 1996 e ripreso nel commento del capitolo II del testo attuale, è applicato in questo contesto.

A tale proposito, è possibile constatare che nessun accordo dell'OMC prevede delle disposizioni che disciplinano il legame esistente, in termini di responsabilità, tra parti contraenti e privati che agiscono in quanto tali. La dottrina, comunque, non ha escluso la possibilità che le parti contraenti siano tenute a rispondere, davanti ai giudici dell'OMC, della condotta di operatori economici privati, soprattutto nel quadro dei ricorsi senza infrazione in cui l'esistenza di un pregiudizio commerciale può derivare dal comportamento, non solo di organi statali, ma anche di privati¹¹¹.

Nella prassi, ci sono stati alcuni casi in cui panel ed Organo di appello hanno dovuto esaminare la condotta di soggetti privati¹¹². In particolare, nel caso *Japon - Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs*¹¹³, gli Stati Uniti contestavano non solo i comportamenti di organi facenti parte dell'apparato statale giapponese, ma anche altre "misure" adottate da soggetti privati¹¹⁴. Il panel, prima di esaminare se queste "misure" causavano effettivamente un annullamento o una riduzione di vantaggi a scapito degli Stati Uniti ha ritenuto necessario valutare prima di tutto se questi comportamenti erano attribuibili al Giappone. A tale proposito, ha affermato che «le fait qu'une action est décidée par des parties privées n'exclut pas la possibilité qu'elle soit considérée comme gouvernementale si le gouvernement y intervient suffisamment. Cela dit, il est difficile de poser à cet égard des règles clairement délimitées. Aussi cette possibilité devra-t-elle être examinée cas par cas»¹¹⁵. In seguito, ha esaminato ciascuna misura contestata dagli Stati Uniti, escludendo l'esistenza di una qualunque responsabilità del Giappone in tutti i casi in cui i comportamenti dei privati

¹¹¹ Vedi G.ADINOLFI, *L'Organizzazione mondiale del commercio. Profili istituzionali e normativi*, cit., p. 307 e A.LIGUSTRO, *La soluzione delle controversie*, in P.PICONE e A.LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, cit., pp. 592-593.

¹¹² Vedi il rapporto del panel del 31 marzo 1998, *Japon-Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs*, WT/DS44/R; il rapporto del panel del 19 dicembre 2000, *Argentine-Mesures visant l'exportation de peaux de bovins et l'importation de peaux de cuirs finis*, WT/DS155/R e il rapporto dell'Organo di appello dell'11 dicembre 2000, *Corée-mesures affectant les importations de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée*, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R.

¹¹³ Vedi NORIO KOMURO, *Kodak-Fuji Film Dispute and the WTO Panel Ruling*, *Journal of World Trade*, 1998, pp. 161-217.

¹¹⁴ Le "misure" che, secondo gli Stati Uniti annullavano o compromettevano i vantaggi commerciali derivanti dalla partecipazione all'OMC, erano dei rapporti che espongono alcune grandi opzioni per il governo, adottati da dei consigli consultivi composti da universitari e rappresentanti d'industria (e non da funzionari) e da un istituto di ricerca privato (Institute for Distribution Research).

¹¹⁵ Vedi il rapporto del panel, *Japon - Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs*, cit., par. 10.56.

non potevano essere considerati delle misure governative in virtù di un coinvolgimento del governo al momento della loro adozione o del loro *imprimatur*.

Il metodo seguito dal panel è significativo poiché, da un lato, conferma la regola di diritto internazionale secondo la quale i comportamenti dei semplici privati non sono attribuibili in quanto tali allo Stato, dall'altro, si differenzia dalla regola di diritto internazionale, poiché prende in considerazione i fatti di privati solo per verificare se sono *de facto* degli atti del governo, senza valutarli in qualità di elementi esterni che mettono in evidenza la condotta di organi statali.

Questa soluzione è stata contestata da alcuni autori. In particolare, secondo Villalpando, il criterio generale "d'intervento governativo", il cui grado deve essere determinato caso per caso, si limita sempre a fare riferimento, in termini vaghi, al principio di attribuzione allo Stato dei comportamenti degli organi *de facto*, negando, nel quadro dell'OMC, qualunque valore giuridico al fatto del semplice privato che «reveals or catalyses the existence of a hidden wrongful conduct by *de iure* organs»¹¹⁶. L'autore, che non contesta la soluzione finale accolta dal panel, ma ne critica piuttosto l'approccio impreciso ed incerto, propone di reinterpretare il caso di specie utilizzando la dottrina dell' "elemento catalizzatore"¹¹⁷ in modo tale da focalizzare l'attenzione prima di tutto sulle misure governative e solo in seguito sui comportamenti dei privati, quali fattori esterni "rivelatori" della condotta statale.

Si può sicuramente condividere il punto di vista di Villalpando nel senso che questa lettura del caso presenta dei vantaggi in termini di semplificazione e chiarezza, ma non si può astenersi dall'avanzare dei dubbi sull'opportunità, avanzata dall'autore, di estendere quest'approccio a tutti i casi aventi per oggetto fatti di privati. In particolare, secondo Villalpando, l'applicazione, nel settore del diritto del commercio internazionale, del principio di attribuzione allo Stato dei comportamenti di persone che agiscono sotto la sua direzione o controllo, solleva molte difficoltà¹¹⁸ che potrebbero facilmente essere

¹¹⁶ SANTIAGO M. VILLALPANDO, *Attribution of conduct to the State: how the rules of State responsibility may be applied within the WTO Dispute Settlement System*, cit., p. 419.

¹¹⁷ Villalpando non si limita a fare riferimento al caso *Japon - Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs*. Egli applica il criterio dell'elemento catalizzatore anche al caso *Argentine-Mesures visant l'exportation de peaux de bovins et l'importation de peaux de cuirs finis* (rapporto del panel del 19 dicembre 2000, cit.) e al caso *Corée-mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée* (rapporto dell'Organo di appello dell'11 dicembre 2000, cit.) in cui i comportamenti dei privati rivestivano un ruolo del tutto secondario rispetto agli atti posti in essere dai governi.

¹¹⁸ Secondo Villalpando «with regard to corporations, the text of "direction or control" gives rise to difficult issues, since it could be asked whether the simple fact that the State has established or owns a company (or that it owns a majority of the company's stocks) could constitute a sufficient condition to attribute to that State the conduct of the said company in contrast with the covered agreements. On the

evitate se si rinuncia a stabilire un collegamento fra fatti dei privati e Stato e ci si limita a considerare i comportamenti dei privati semplicemente come elementi esterni che permettono di chiarire se la condotta degli organi statali è più o meno compatibile con gli impegni assunti nel quadro dell'OMC.

Quest'approccio, a mio modesto parere, è parziale, poiché non tiene conto dell'esistenza di disposizioni negli accordi OMC che stabiliscono esplicitamente un collegamento fra Stato e fatti di privati¹¹⁹ e che potrebbero beneficiare dell'apporto della regola di diritto internazionale sugli organi *de facto*, al fine di essere interpretate correttamente. In particolare, l'applicazione in questo contesto, del criterio generico di dipendenza del comportamento del privato dall'azione o omissione degli organi statali, a prescindere dall'esistenza di un controllo dei secondi sulla volontà del primo, ha come effetto di considerare lo Stato non tanto complice quanto responsabile diretto delle attività poste in essere liberamente dai privati grazie al sostegno governativo¹²⁰. L'effetto derivante dalla sostituzione della regola internazionale sugli organi *de facto* con il criterio dell'elemento catalizzatore sarebbe perciò di includere nella sfera della responsabilità statale per illecito anche i casi in cui lo Stato è responsabile solo per violazione dell'obbligo di prevenzione.

Una seconda critica che è possibile sollevare nei confronti nella chiave di lettura della prassi OMC suggerita da Villalpando consiste nel fatto che quest'autore, proponendo di applicare il criterio dell' "elemento catalizzatore" a tutti i casi aventi per oggetto fatti di privati, non opera alcuna distinzione fra ricorsi che comportano una vera e propria violazione degli obblighi OMC (*violation complaints*) e quelli che producono solamente un pregiudizio commerciale (*non-violation e situation complaints*)

Questa soluzione, che fa dipendere l'esistenza non solo di una violazione degli accordi OMC, ma anche di un pregiudizio commerciale, dall'adozione di una misura governativa è condivisibile per quanto riguarda la categoria dei *non-violation complaints*, ma non per quanto riguarda quella dei *situation complaints*. In effetti, i ricorsi che non comportano una violazione (*non-violation complaints*) riguardano un pregiudizio commerciale

basis of the stringent criteria adopted under Draft Article 8, the answer is certainly negative: attribution would require the further demonstration that the State has actually used its predominant position to determine the company's specific action. (...) However, if one were to be inspired by the recent ICTY's Appeals Chamber judgement, it could be argued that, in some cases, the State's overall control of the company (for instance, through ownership) could be sufficient for the purposes of attribution», vedi VILLALPANDO, *cit.*, p.412-413.

¹¹⁹ Vedi, a tale proposito, la sezione precedente.

¹²⁰ Vedi la decisione dell'Organo di appello relativa al caso *Canada-Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers*, commentata nel paragrafo precedente.

causato pur sempre dall'adozione di una misura statale. Essi si differenziano rispetto ai ricorsi aventi per oggetto un'infrazione solo per la natura lecita o illecita della misura governativa contestata. Al contrario, i ricorsi che fanno riferimento ad una « *situation autre que celles auxquelles les dispositions du paragraphe 1a) et b) de l'article XXIII du GATT sont applicables* »¹²¹ (*situation complaints*) non riguardano una misura governativa, ma qualunque situazione diversa dall'adozione di misure lecite o illecite, capace di annullare o compromettere un vantaggio derivante dagli accordi o di ostacolare la realizzazione di uno degli obiettivi dei suddetti trattati.

Tenuto conto della portata residuale dei ricorsi aventi per oggetto "situazioni", è probabile che, in questo contesto, i fatti dei privati, e non le misure governative, rivestano un ruolo determinante al fine di rilevare una "responsabilità" statale. In mancanza di misure adottate dal governo, l'approccio del "*catalyst act*" che relega i fatti dei privati al rango di elementi esterni che mettono in evidenza la condotta statale non può, quindi, essere applicato. Al tempo stesso, l'esistenza di un ricorso che permette di contestare i fatti dei privati che causano un pregiudizio commerciale non equivale ad attribuire alla parte contraente questi comportamenti. A tale proposito, è possibile, estendere ai *situations complaints* le considerazioni che Luigi Condorelli ha formulato in materia d'imputazione allo Stato di attività lecite. Secondo l'autore, « *en matière d'activités licites, l'éventuelle obligation de réparer, là où elle est prévue (par une norme forcement "primaire"), est mise en branle exclusivement par le dommage subi par un Etat; or l'Etat soumis à cette obligation (...) est désigné par la norme "primaire" pertinente sur la base de considérations diverses, pouvant le cas échéant faire totalement abstraction du fait que soit l'activité licite au cours de laquelle s'est produit l'événement ayant engendré le dommage, soit ce même événement lui soient stricto sensu imputables* »¹²². In altri termini, anche se in base all'art. XXIII, par.1 c) del GATT e all'art.26 dell'Intesa, è possibile che le parti contraenti debbano rispondere dei danni commerciali causati da privati, questo non equivale ad attribuire ai primi i fatti dei secondi. Questo significa piuttosto che nel quadro dei ricorsi aventi per oggetto una "situazione", le regole secondarie in materia d'imputazione non saranno applicabili e saranno sostituite da altri criteri (ad esempio *ratione loci*) che permettono d'identificare lo Stato che deve rispondere degli effetti e non della realizzazione dei fatti che hanno causato il danno.

¹²¹ Vedi il par.2 de l'art. 26 dell'Intesa sulla soluzione delle controversie.

¹²² Vedi L.CONDORELLI, *cit.*, pp. 118-119.

Concludendo, sia il diritto internazionale della responsabilità che il diritto dell'OMC escludono la possibilità di attribuire allo Stato i fatti di privati che agiscono in quanto tali. Al tempo stesso, il diritto internazionale riconosce ai comportamenti posti in essere dai privati il ruolo di elementi esterni che permettono di mettere in luce la violazione da parte degli organi statali dell'obbligo di prevenzione o repressione di determinati eventi. Il diritto OMC, al contrario, non prevede alcuna disposizione che disciplina esplicitamente la regola dell' "atto catalizzatore". Panel ed Organo di appello non hanno mai applicato questo principio ed hanno elaborato dei criteri di collegamento fra fatti dei privati e Stato, approssimativi e talvolta troppo estensivi ¹²³. Tenuto conto del silenzio dei trattati e dell'assenza di decisioni dei panel e dell'Organo di appello che stabiliscano dei principi chiari e precisi, è possibile che la regola internazionale dell' "elemento catalizzatore" possa essere applicata nel quadro dell'OMC a titolo sussidiario. Il fatto di riconoscere la possibilità di quest'integrazione, non equivale a negare qualunque rilevanza giuridica, nel quadro dell'OMC, alla norma internazionale sugli organi di fatto. Al contrario, quest'ultima regola può svolgere un ruolo importante sia in qualità di strumento interpretativo per chiarire la portata dell'art. 1.1a)iv dell'accordo sulle sovvenzioni e dell'art. 9.1):c) dell'accordo sull'agricoltura, sia in qualità di fonte sussidiaria al fine di colmare le lacune degli altri accordi OMC che non prevedono alcuna regola in materia di attribuzione allo Stato di fatti di operatori privati che agiscono per suo conto. La regola internazionale sugli organi di fatto e il principio dell'atto catalizzatore, in effetti, non sono incompatibili. Entrambi possono svolgere un ruolo importante nel quadro dell'OMC per chiarire le condizioni di attribuzione allo Stato dei fatti di privati e il loro contributo sarebbe tanto più utile quanto più i criteri stabiliti da queste due norme sono mantenuti distinti.

Infine, è importante osservare che il diritto dell'OMC ammette la possibilità, in base all'art. XXIII:1c) del GATT e all'art.26 dell'Intesa di soluzione delle controversie che i fatti dei privati abbiano una rilevanza autonoma a prescindere della possibilità di attribuirli allo Stato. Tenuto conto che né il GATT, né l'Intesa prevedono criteri specifici

¹²³ Come è stato sottolineato nel primo paragrafo di questa sezione, l'Organo di appello, nel caso *Canada-Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers*, ha attribuito allo Stato il comportamento posto in essere da organismi privati utilizzando come parametro il grado di dipendenza di questi fatti dal supporto statale, criterio, questo che in base al diritto internazionale permette di attribuire allo Stato una violazione dell'obbligo di prevenzione anziché di stabilire una responsabilità diretta.

per identificare lo Stato che è tenuto a rispondere dei danni derivanti dai comportamenti di privati, l'OMC, potrebbe in futuro beneficiare delle indicazioni offerte in materia dalle norme internazionali che disciplinano la responsabilità per fatti leciti¹²⁴.

¹²⁴ Vedi, a tale proposito, il par. 1 dell'art. 4 del progetto di articoli della Commissione di diritto internazionale sulla responsabilità internazionale per le conseguenze dannose derivanti da attività che non sono vietate dal diritto internazionale, ai sensi del quale: «Chaque Etat devrait prendre les mesures nécessaires pour assurer la possibilité d'une indemnisation prompte et adéquate aux victimes de dommages transfrontières causés par des activités dangereuses sises sur son territoire ou placées sous sa juridiction ou son contrôle (corsivo aggiunto)», Doc. A/CN.4/L.662, 20 luglio 2004, disponibile on line presso il sito: www.un.org/law/ilc.

CAPITOLO III

L'ORIGINE DELLA RESPONSABILITÀ NELL'ORDINAMENTO INTERNAZIONALE GENERALE E NELL'ORDINAMENTO OMC: L'ELEMENTO OGGETTIVO

Il fatto generatore di responsabilità consta di un elemento soggettivo ed uno oggettivo. L'elemento soggettivo, come abbiamo visto nel capitolo precedente, corrisponde all'operazione d'imputazione di un fatto all'ente Stato. L'elemento oggettivo consiste nella qualificazione di un comportamento come idoneo a far sorgere la responsabilità.

Le condizioni che possono essere richieste per identificare la componente oggettiva del fatto generatore sono molteplici e dipendono dal contesto giuridico e dalla funzione che l'istituto della responsabilità è chiamato a svolgere. Ad esempio, nell'ipotesi in cui la finalità principale di tale istituto corrisponda al rispetto della legalità, uno dei requisiti previsti per attestare l'esistenza dell'elemento oggettivo della responsabilità, consisterà nella violazione di una norma. Qualora, invece, un ordinamento preveda un regime di responsabilità incentrato sulla riparazione, il criterio determinante che deve essere verificato ai fini dell'insorgenza della responsabilità, sarà l'esistenza di un nesso di causalità fra un dato comportamento e il danno che deve essere riparato.

Nonostante l'ordinamento internazionale generale conosca una forma di responsabilità mista, funzionale a garantire il rispetto della legalità così come la riparazione, i requisiti previsti dal testo di codificazione per accertare l'elemento oggettivo del fatto generatore prescindono dalla componente del danno e sono incentrati sull'esistenza di una violazione¹. L'operazione d'identificazione dell'elemento oggettivo del fatto generatore di responsabilità, nell'ordinamento internazionale generale, finisce quindi per corrispondere all'accertamento di un fatto illecito.

I criteri indicati dalla Commissione di diritto internazionale, nel capitolo IV del testo di codificazione, per provare l'esistenza di un fatto illecito sono circoscritti ed hanno una portata molto generale. Il fatto che il diritto internazionale offra in questa sede delle indicazioni minime non sorprende, se si tiene conto che le caratteristiche di un fatto illecito, molto più di altre componenti del regime della responsabilità, sono in larga parte definite dal contenuto delle norme primarie oggetto della violazione.

L'obiettivo di questo capitolo consiste nell'esaminare questi requisiti minimali e di compararli con quelli previsti nel quadro dell'OMC al fine di valutare se il diritto OMC

¹ Il danno rileva esclusivamente a titolo sussidiario ed aggiuntivo per chiarire il contenuto della responsabilità. Sul ruolo del danno nella responsabilità internazionale vedi B.BOLLEKER-STERN, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, Pedone, Paris, 1973.

potrebbe beneficiare, in questa sede, dell'applicazione a titolo di sussidio ermeneutico o normativo del diritto internazionale generale .

Sezione I

Il fatto illecito e i ricorsi per infrazione nel quadro dell'Organizzazione mondiale del commercio

L'oggetto di questa sezione consiste nell'esaminare le caratteristiche generali, nonché temporali, del fatto illecito internazionale e dei ricorsi aventi per oggetto un'infrazione di una norma OMC.

Lo scopo di quest'analisi è quello di valutare se esistono analogie fra i due istituti, se il diritto dell'OMC presenta lacune giuridiche per quanto concerne la definizione dell'elemento oggettivo dell'illecito e se il diritto internazionale della responsabilità può costituire un'utile fonte "sussidiaria" in tale ambito.

1.1 Caratteristiche generali del fatto illecito

Ai sensi dell'Articolo 12 del testo di codificazione della CDI, «il y a violation d'une obligation internationale par un État lorsqu'un fait dudit État n'est pas conforme à ce qui est requis de lui en vertu de cette obligation, quelle que soit l'origine ou la nature de celle-ci».

Come si sottolinea nel commento al capitolo IV del testo di codificazione « l'essence d'un fait internationalement illicite réside dans la non-conformité du comportement effectif de l'État avec celui qu'il aurait dû adopter pour s'acquitter d'une obligation internationale particulière »². In altri termini, affinché uno Stato sia obbligato a rispondere delle conseguenze derivanti da un illecito, è sufficiente che ponga in essere un comportamento non conforme alla norma internazionale che deve osservare. La componente dell'intenzionalità non ha, in via di principio, alcuna incidenza sulla constatazione dell'esistenza del fatto illecito.

La scelta della CDI di "depurare" l'elemento oggettivo dalla colpa non solo riflette un indirizzo dottrinale ormai condiviso dalla maggior parte degli autori, ma trova anche conferma nella prassi statale³. Il successo di tale approccio, originariamente proposto da Dionisio Anzilotti⁴, è da ricercarsi nella sua capacità di migliorare l'operatività dell'istituto della responsabilità. Esso, in effetti, riducendo il fatto illecito ad un

² Vedi Commento, p. 130.

³ P.-M. DUPUY, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 2000, p.437.

⁴ D.ANZILOTTI, *Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internazionale*, Firenze, 1902, ristampa a cura della SIOI in *Opere di D. Anzilotti*, vol. II, 1, Padova, 1956.

comportamento oggettivamente non conforme alla condotta prescritta dal diritto internazionale, ne facilita notevolmente l'accertamento. Questa concezione oggettiva della responsabilità si sposa inoltre perfettamente con il fatto che lo Stato, dal punto di vista del diritto internazionale, non è una persona fisica dotata di volontà propria, ma una finzione giuridica.

La soluzione proposta dal giurista italiano non è peraltro immune da critiche. Essa pecca di eccessiva semplificazione e non tiene sufficientemente conto del fatto che vi sono nel diritto internazionale settori materiali in cui la dimensione della colpa, o meglio della negligenza, svolge un ruolo decisivo ai fini dell'insorgenza della responsabilità statale. Basti pensare al dovere di protezione delle persone e degli organi stranieri, la cui violazione si verifica allorché lo Stato non abbia preso tutte le misure idonee a prevenire o reprimere le offese contro la loro persona o i loro beni. Il relatore speciale James Crawford, consapevole di questo limite, pur facendo salvo l'approccio positivista volontarista di Anzilotti, ne ha attenuato la portata generale. Crawford, in effetti, ha sottolineato che la colpa non è stata menzionata nel testo di codificazione sulla responsabilità quale elemento costitutivo dell'illecito poiché non esiste una norma secondaria che impone in via generale tale requisito. Questo non significa che l'istituto della responsabilità internazionale possa prescindere completamente da tale fattore. In effetti, vi sono molte norme primarie che richiedono un certo grado d'intenzionalità perché siano violate⁵.

La colpa quindi finisce per essere riabilitata, ma solo nella misura in cui sia desumibile dal contenuto della norma primaria che deve essere osservata e non in quanto principio generale della responsabilità statale internazionale⁶.

⁵ «The essential point is surely this, that different primary rules of international law impose different standards ranging from "due diligence" to strict liability, and that breach of the correlative obligations gives rise to responsibility without any additional requirements. There does not appear to be any general principle or presumption about the role of fault in relation to any given primary rule, since it depends on the interpretation of that rule in the light of its object or purpose», J.CRAWFORD, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility, Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 13.

⁶ Non tutti gli autori condividono quest'approccio. Si veda a tale proposito Benedetto Conforti, che riferendosi all'obbligo di protezione degli stranieri non considera «accettabile il celebre argomento portato da Anzilotti per sostenere che, anche nell'esempio ora fatto, la responsabilità dello Stato non cesserebbe di essere obbiettiva. Proprio perché la diligenza -disse l'insigne giurista- costituisce il *contenuto* stesso della norma violata, proprio perché la colpa non è in questo caso un elemento che *si aggiunga* alla violazione, la responsabilità è pur sempre obbiettiva. A noi sembra invece : che la colpa, in tutti i casi in cui è richiesta, non sia altro che un elemento della fattispecie prevista dalla norma materiale ; che tale sua natura non venga meno neppure quando essa sia richiesta da una norma generale *ad hoc* ed in relazione ad un'intera materia, nel qual caso la norma generale non fa che indicare, una volta per tutte, un elemento della fattispecie di ogni singola norma che regoli quella materia; e che dunque, quando la colpa è richiesta e non c'è, non è neppure configurabile una *violazione* della norma. Insomma, tutto ciò che si può osservare,

In realtà, nonostante la CDI non vi faccia riferimento esplicitamente, la dimensione intenzionale affiora ugualmente nel testo di codificazione ed incide sul regime generale della responsabilità, indipendentemente dal contenuto delle norme primarie violate⁷. In particolare, per quanto concerne l'accertamento dell'esistenza di un fatto illecito, il progetto menziona nel capitolo V dedicato alle cause che escludono l'illiceità la forza maggiore precisando che «l'illicéité du fait d'un État non conforme à une obligation internationale de cet État est exclue si ce fait est dû à la force majeure, consistant en la survenance d'une force irrésistible ou d'un événement extérieur imprévu qui échappe au contrôle de l'État et fait qu'il est matériellement impossible, étant donné les circonstances, d'exécuter l'obligation». Come si sottolinea nel progetto la caratteristica saliente della forza maggiore consiste nel fatto che «le comportement de l'État qui sinon serait internationalement illicite est involontaire ou à tout le moins ne procède en aucune manière d'un choix librement opéré»⁸. Non c'è dubbio che in questo caso la componente dell'intenzionalità costituisce un fattore determinante per l'insorgenza della responsabilità. Al tempo stesso, essa può essere invocata solo per attestare l'assenza d'illiceità anziché l'esistenza di un fatto illecito.

La scelta di non menzionare la colpa quale elemento costitutivo dell'illecito, ma d'inserirla fra le cause che escludono l'illiceità, fu operata originariamente dal relatore speciale Roberto Ago. Come ha messo bene in luce Andrea Gattini, essa presenta un vantaggio pratico rilevante, quello di offrire: «a firm place for fault in the system of secondary rules, without having to deal with its drawbacks. The approach of masking fault as a "negative" condition, i.e. an element whose absence must be proved by the respondent state by way of excuse, offers the decisive advantage of shifting the burden of proof; through this device a solution is found to the sensitive question of evidence, which is the real stumbling block in any theory of fault responsibility in international law»⁹.

La responsabilità internazionale statale si configura quindi in via generale come una responsabilità internazionale *oggettiva relativa*, assimilabile alla *strict liability* del diritto

prendendo spunto dalla tesi di Anzilotti, è che la mancanza di colpa, ogni qual volta questa è richiesta dal diritto internazionale, non escluda soltanto la responsabilità dello Stato, ma faccia venir meno la stessa *illiceità* della sua condotta; ed ecco perché si dice che la colpa, se richiesta, è un elemento, o una condizione, dell'illecito », B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 1999, pp. 360-361

⁷ Vedi a tale proposito A.GATTINI, *Smoking/No Smoking: Some Remarks on the Current Place of Fault in the ILC Draft Articles on State Responsibility*, in *European Journal of International Law*, 1999, pp. 397-404.

⁸ Vedi Commento all'art. 23 del testo di codificazione, p. 196.

⁹ A.GATTINI, *Smoking/No Smoking: Some Remarks on the Current Place of Fault in the ILC Draft Articles on State Responsibility*, cit., p. 402.

inglese oppure alla responsabilità contrattuale del diritto civile italiano. Essa insorge allorché lo Stato adotta un comportamento non conforme al diritto internazionale, ma può essere scongiurata se interviene una causa di giustificazione, la cui esistenza deve essere dimostrata dallo Stato responsabile e non dalla vittima¹⁰.

Per quanto concerne il contenuto del fatto illecito, il testo di codificazione fa riferimento ad una mancanza di conformità fra il fatto illecito e l'obbligo internazionale. Il fatto può consistere in un'azione così come in un'omissione, può essere completamente o parzialmente contrario all'obbligo violato, può riguardare la violazione di una norma convenzionale così come quella di una norma consuetudinaria.

Il capitolo IV non opera alcuna diversificazione in funzione della natura e del contenuto dell'obbligo violato. La distinzione fra violazione di un obbligo di condotta e obbligo di risultato e quella fra violazione di una norma internazionale ordinaria e crimine internazionale, previste dal progetto del 1996, vengono così abbandonate¹¹. I motivi di tale soluzione sono da ravvisarsi nella volontà di destinare il testo esclusivamente alla codificazione delle norme secondarie e ridurre il più possibile l'incidenza delle norme primarie ai fini della definizione dell'elemento oggettivo dell'illecito. La medesima prospettiva ispira le scelte operate per la definizione dell'illecito derivante dall'adozione di un atto legislativo. Nel commento in effetti si sottolinea che «aucune règle générale, qui soit applicable dans tous les cas, ne peut être établie»¹². In via generale, però, «l'existence ou non d'une violation dépend de la mise en application de cette loi et de la façon dont elle le sera»¹³. In altri termini, l'esistenza di un illecito dipende il più delle volte dall'applicazione di una legge anziché dalla sua mera adozione, dal momento che si presume che il legislatore nazionale agisca in buona fede conformemente al diritto internazionale. Solo nell'ipotesi in cui l'emanazione o la mancata emanazione di un atto legislativo sia manifestamente incompatibile con un obbligo internazionale, essa è idonea a far insorgere la responsabilità internazionale dello Stato interessato. Spetterà in tal caso alla parte attrice dimostrare che il comportamento o l'omissione del legislatore vanifica la protezione dell'interesse oggetto della norma internazionale che si presume violata, a prescindere da qualunque considerazione relativa all'applicazione della legge contestata.

¹⁰ B.CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., p. 359.

¹¹ La distinzione fra crimine ed illecito, in realtà, riaffiora nel capitolo III della parte seconda del testo di codificazione in cui sono definite le conseguenze derivanti da violazioni gravi di norme imperative.

¹² Vedi Commento all'art. 12, p. 139.

¹³ Vedi Commento all'art. 12, p. 140.

1.2 Il fatto illecito ed i ricorsi per infrazione nel quadro dell'OMC

Per quanto concerne la disciplina dell'elemento oggettivo dell'illecito, l'Intesa sulla soluzione delle controversie prevede che «le règlement rapide de toute situation dans laquelle un Membre considère qu'un avantage résultant pour lui directement ou indirectement des accords visés se trouve compromis par des mesures prises par un autre Membre est indispensable au bon fonctionnement de l'OMC et à l'existence d'un juste équilibre entre les droits et les obligations des Membres»¹⁴ e che «dans les cas où il y a infraction aux obligations souscrites au titre d'un accord visé, la mesure en cause est présumée annuler ou compromettre un avantage. En d'autres termes, il y a normalement présomption qu'une infraction aux règles a une incidence défavorable pour d'autres Membres parties à l'accord visé, et il appartiendra alors au Membre mis en cause d'apporter la preuve du contraire»¹⁵.

Inoltre l'art. 3 par. 1, opera un rinvio¹⁶ all'art. XXIII del GATT'94 ai sensi del quale «dans le cas où une partie contractante considérerait qu'un avantage résultant pour elle directement ou indirectement du présent Accord se trouve annulé ou compromis, ou que la réalisation de l'un des objectifs de l'Accord est entravée du fait a) qu'une autre partie contractante ne remplit pas les obligations qu'elle a contractées aux termes du présent Accord ; b) ou qu'une autre partie contractante applique une mesure, contraire ou non aux dispositions du présent Accord; c) ou qu'il existe une autre situation, ladite partie contractante pourra, en vue d'arriver à un règlement satisfaisant de la question, faire des représentations ou des propositions écrites à l'autre ou aux autres parties contractantes qui, à son avis, seraient en cause».

Alla luce di queste disposizioni, l'esistenza di un'azione od omissione non conforme agli obblighi previsti dall'ordinamento OMC non costituisce una condizione indispensabile per far valere la responsabilità di una delle parti contraenti. In effetti, sia l'art. 3 che l'art. XXIII fanno riferimento all'annullamento e al pregiudizio dei benefici derivanti dalla partecipazione all'Organizzazione.

¹⁴ Art. 3, par. 3.

¹⁵ Art. 3, par. 8.

¹⁶ Si veda il par.1 dell'art. 3 ai sensi del quale «Les Membres affirment leur adhésion aux principes du règlement des différends appliqués jusqu'ici conformément aux articles XXII et XXIII du GATT de 1947, et aux règles et procédures telles qu'elles sont précisées et modifiées dans le présent mémorandum d'accord».

L'illecito, che si sostanzia nell'infrazione di una norma OMC, non è altro che una delle possibili circostanze idonee a produrre l'annullamento o il pregiudizio degli interessi commerciali delle parti contraenti. L'art. XXIII fa riferimento anche a misure lecite (*non-violation complaints*) e a situazioni (*situation complaints*) che annullano o pregiudicano i benefici derivanti dagli accordi, oppure che compromettono il perseguimento dei loro obiettivi. Volendo riservare la prossima sezione del capitolo all'analisi di questi due tipi di ricorsi, per ora basti osservare che entrambi hanno avuto un'importanza marginale sia nel quadro del GATT'47 che in quello dell'OMC¹⁷.

I ricorsi aventi per oggetto una violazione degli obblighi OMC (*violation complaints*), al contrario, rivestono un ruolo di primo piano nell'ambito del sistema di soluzione delle controversie, dal momento che, come si sottolinea al par. 8 dell'art. 3, l'infrazione di una norma OMC determina *prima facie* l'annullamento o pregiudizio degli interessi commerciali delle parti contraenti.

Tenuto conto di tale presunzione, è possibile assimilare l'annullamento o pregiudizio degli interessi commerciali derivante da violazione di una norma OMC ad un fatto illecito ex art. 12 del testo di codificazione. Resta peraltro da valutare se, nel quadro dell'OMC, la componente dell'intenzionalità abbia una rilevanza autonoma ai fini dell'accertamento dell'infrazione e se l'ordinamento preveda regimi distinti di responsabilità in funzione della natura oppure del contenuto della norma OMC violata.

Per quanto concerne la colpa, l'Intesa non contiene alcun riferimento a tale fattore. Essa non è menzionata neppure negli accordi materiali allegati, quale elemento idoneo ad incidere sulla qualificazione dell'illecito in relazione alla violazione di norme primarie specifiche¹⁸. I rapporti adottati dall'Organo di soluzione delle controversie, a loro volta, non offrono indicazioni al riguardo. In effetti, finora, i panel e l'Organo d'appello non

¹⁷ Vedi, G.ADINOLFI, *L'Organizzazione mondiale del commercio. Profili istituzionali e normativi*, cit., p. 281.

¹⁸ I pochi riferimenti a condotte fraudolente riguardano comportamenti posti in essere da privati e non da organi statali. Vedi il par. 3 dell'art. VIII del GATT'94 ai sensi del quale «Aucune partie contractante n'imposera de pénalités sévères pour de légères infractions à la réglementation ou à la procédure douanières. En particulier, les pénalités pécuniaires imposées à l'occasion d'une omission ou d'une erreur dans les documents présentés à la douane n'excéderont pas, pour les omissions ou erreurs facilement réparables et manifestement dénuées de toute intention frauduleuse ou ne constituant pas une négligence grave, la somme nécessaire pour constituer un simple avertissement», il par. 5 dell'art. IX del GATT'94 ai sensi del quale «En règle générale, aucune partie contractante ne devrait imposer d'amende ou de droit spécial lorsqu'il y aura eu défaut d'observation des règlements relatifs au marquage avant l'importation, à moins que (...) le marquage n'ait été intentionnellement omis (corsivo aggiunto)», e il par. 7 dell'art. 1 dell'accordo sulle licenze d'importazione ai sensi del quale «il ne sera infligé, pour les omissions ou erreurs dans les documents ou dans les procédures manifestement dénuées de toute intention frauduleuse ou ne constituant pas une négligence grave, aucune pénalité pécuniaire excédant la somme nécessaire pour constituer un simple avertissement».

sono stati mai invitati a pronunciarsi sul ruolo della colpa per constatare l'esistenza di un'infrazione¹⁹. Questo silenzio normativo e giurisprudenziale induce a considerare anche la responsabilità derivante dalla violazione di una norma OMC una responsabilità di carattere oggettivo. Tenuto conto che «le système de règlement des différends de l'OMC est un élément essentiel pour assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral»²⁰, la rimozione della componente della colpa dall'illecito commerciale non sorprende. Essa, in effetti, agevolando la vittima nel compito di dimostrare l'esistenza di un fatto illecito, favorisce il rispetto degli obblighi contratti nel quadro dell'OMC ed, in ultima istanza, contribuisce alla sicurezza e prevedibilità degli scambi. Resta comunque il problema di chiarire se la componente dell'intenzionalità possa riaffiorare nel quadro dei ricorsi per infrazione come condizione negativa, ovvero come causa di giustificazione di un fatto che in sua assenza sarebbe illecito. L'Intesa e gli accordi materiali allegati all'accordo OMC, anche in questo caso, non contengono alcun riferimento al riguardo. L'unica eccezione è rappresentata dall'art. 15 dell'accordo sulle ispezioni pre-imbarco in cui si sottolinea che « les Membres utilisateurs feront en sorte que les entités d'inspection avant expédition évitent des retards indus dans l'inspection des expéditions. Les Membres utilisateurs feront en sorte que, une fois qu'une entité d'inspection avant expédition et un exportateur seront convenus d'une date pour l'inspection, l'entité d'inspection avant expédition procède à l'inspection à cette date, à moins que (...) l'entité d'inspection avant expédition n'en soit empêchée (...) par une force majeure ». Questa disposizione contiene a sua volta una nota in cui si precisa che « il est entendu que, aux fins du présent accord, la "force majeure" aura le sens de "contrainte ou coercition irrésistible, suite d'événements imprévisibles dispensant d'exécuter un contrat" ». In altri termini, in base all'art. 15, il carattere illecito del comportamento posto in essere dallo Stato²¹ derivante dal ritardo delle operazioni d'ispezione risulta cancellato dall'esistenza di una situazione che rende l'osservanza dell'obbligo OMC materialmente impossibile. La forza maggiore prevista dall'art. 23 del testo di codificazione quale causa idonea a rimuovere l'illiceità di un comportamento, è richiamata quindi anche nel quadro dell'ordinamento OMC. Al tempo stesso, il fatto che

¹⁹ L'unico caso in cui le parti ad una controversia hanno menzionato le intenzioni con cui sono state poste determinate misure per far valere la responsabilità statale riguarda un ricorso senza infrazione (vedi Rapport du Groupe spécial, *Japon - Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs*, 31 mars 1998, WT/DS44/R, par. 10.87). L'analisi di questo rapporto è riservata alla prossima sezione in cui verranno esaminate le caratteristiche specifiche di questa categoria di azioni.

²⁰ Vedi art. 3, par. 2 dell'Intesa.

²¹ Le autorità investite del compito di effettuare ispezioni di pre-imbarco possono essere assimilate a degli organi statali. Di conseguenza lo Stato è responsabile dei comportamenti posti in essere da esse.

sia menzionata espressamente solo nell'accordo sulle ispezioni ed in relazione ad un obbligo specifico, può indurre alla conclusione che essa, a differenza del diritto internazionale generale, non possa operare in via generale quale causa di giustificazione di qualunque illecito, ma solo laddove sia espressamente prevista dagli accordi OMC.

Se si assimila il diritto dell'OMC ad un ordinamento internazionale particolare, il silenzio degli accordi, non pregiudica la possibilità, per le parti contraenti, d'invocare in via generale l'istituto della forza maggiore, per giustificare un comportamento non conforme agli obblighi OMC. In effetti, come è stato messo in luce nel primo capitolo, il diritto internazionale generale, in quanto ordinamento generale dell'ordinamento particolare OMC, può spiegare i propri effetti all'interno di quest'ultimo, a condizione di favorire la protezione giuridica degli interessi per i quali l'ordinamento OMC è stato creato. Affinché l'istituto internazionale della forza maggiore possa essere invocato nel quadro dell'ordinamento OMC non è quindi necessario che sia richiamato espressamente da una norma OMC, ma è sufficiente che sia compatibile con l'esigenza di favorire il rispetto degli obblighi OMC. Perché questo avvenga anzitutto è necessario assicurarsi che non vi siano norme OMC che ne escludano espressamente l'applicazione o che siano con esso incompatibili. A tale proposito, nessuna norma OMC contiene una disciplina che escluda espressamente o implicitamente il diritto per le parti contraenti d'invocare un'impossibilità materiale per giustificare la mancata esecuzione di un obbligo. L'istituto della forza maggiore non risulta neppure incompatibile con la finalità di fondo dell'ordinamento OMC, che dal punto di vista del diritto della responsabilità, consiste nel rispetto della legalità. In effetti, come si sottolinea nel commento all'art. 23, affinché la forza maggiore possa essere legittimamente invocata la « situation doit être à ce point irrésistible que l'État en cause n'a pas vraiment la possibilité d'échapper à ses effets. La force majeure ne s'étend pas aux circonstances dans lesquelles l'exécution d'une obligation a été rendue difficile, par exemple par une crise politique ou économique. Elle ne s'étend pas non plus aux situations dues à la négligence ou à la faute de l'État considéré »²². In altri termini, la forza maggiore non attenua il carattere obbligatorio delle norme OMC, ma si limita a prendere atto dell'esistenza di eventi esterni che prescindono completamente dalla volontà dello Stato e che rendono l'osservanza dei comportamenti previsti dall'ordinamento non più difficile, ma semplicemente impossibile.

Il fatto che l'istituto internazionale della forza maggiore sia compatibile con le singole norme OMC e con le finalità dell'ordinamento particolare nel suo complesso, non

²² Commento all'art. 23, p. 197.

significa, per altro, che sia indispensabile per esimere la responsabilità delle parti contraenti nell'ipotesi di violazione causata da fattori che trascendono la loro volontà. In effetti, gli stessi accordi prevedono una serie di clausole d'eccezione e di salvaguardia²³ che consentono agli Stati di derogare agli obblighi OMC, in presenza di circostanze che rendono la loro osservanza semplicemente più difficile.

Per quanto riguarda il *contenuto* del fatto illecito, l'ordinamento OMC non opera alcuna distinzione, ai fini del suo accertamento e delle conseguenze derivanti da esso, sulla base dell'origine e della natura dell'obbligo violato. L'assenza di differenziazione in base all'origine convenzionale o consuetudinaria della norma violata si giustifica se si tiene conto che, allo stato attuale, è difficile rilevare all'interno dell'ordinamento OMC la formazione di norme commerciali consuetudinarie che si affiancano a quelle previste dagli accordi²⁴.

Per quanto concerne, il contenuto dell'obbligo violato, il regime di responsabilità avente per oggetto un'infrazione, è il medesimo quale che sia la norma violata. L'unica eccezione è rappresentata dall'accordo sulle sovvenzioni che prevede delle conseguenze particolari nel caso di erogazione delle così dette "sovvenzioni vietate"²⁵. Questa distinzione non è tanto dovuta all'importanza del valore protetto da tale categoria di norme, quanto agli effetti particolarmente pregiudizievoli sul mercato internazionale, derivanti dalla loro violazione. Tenuto conto che le modalità di accertamento del fatto illecito solo le medesime e che cambiano solamente le conseguenze derivanti da esso, ci riserviamo di esaminare le peculiarità di tale ricorso nel quadro dei capitoli dedicati rispettivamente al contenuto ed all'attuazione della responsabilità.

Per quanto riguarda, infine, la responsabilità statale derivante dall'adozione di atti legislativi, l'ordinamento OMC presenta delle peculiarità rispetto al diritto internazionale generale che meritano di essere esaminate con cura.

In primo luogo, è importante sottolineare che né l'Intesa né gli accordi materiali allegati prevedono un regime a sé stante, per quanto concerne gli illeciti derivanti da attività legislativa. Al tempo stesso, ancor prima che fosse istituita l'Organizzazione mondiale del commercio, è stata ammessa la possibilità in via giurisprudenziale d'impugnare atti

²³ Vedi in particolare, gli artt. XII, XVIII: B, XIX, XXI del GATT'94.

²⁴ «The WTO, like GATT before it, is grounded in agreement, not in custom, and questions of custom are therefore likely to be rare», D.PALMETER e P.C.MAVROIDIS, *The WTO Legal System: Sources of Law*, in *American Journal of International Law*, 1998, p. 407.

²⁵ Vedi l'art. 4 dell'accordo sulle sovvenzioni pubbliche.

legislativi in quanto tali, a condizione che fossero “*mandatory*”, ovvero che imponessero all’esecutivo di osservare una determinata condotta incompatibile con gli obblighi commerciali. Originariamente, nel quadro del GATT’47, tale distinzione era stata introdotta dai panel per risolvere i casi aventi per oggetto la così detta *grandfather clause*, la quale consentiva alle parti contraenti di mantenere in vigore disposizioni incompatibili con il GATT, a condizione che fossero state adottate prima della ratifica del protocollo di applicazione provvisoria o del protocollo di adesione. In tutte le controversie aventi per oggetto questa clausola, i panel hanno affermato che la misura statale poteva beneficiare dell’esenzione da essa prevista, solo nell’ipotesi in cui si basasse su una legislazione “obbligatoria”. Come rileva Sharif Bhuiyan «the reason for distinguishing between mandatory and discretionary legislation was to require the executive to apply the provisions of the General Agreement to the extent that it had authority within the framework of existing laws to carry out those provisions and it could do so without changing or violating existing laws»²⁶.

La medesima distinzione fra legislazione così detta obbligatoria e legislazione discrezionale è stata poi utilizzata dai panel per risolvere controversie aventi per oggetto atti legislativi adottati successivamente all’entrata in vigore del protocollo di applicazione provvisoria o dei protocolli di adesione. Anche in questo caso, i ricorsi promossi nei confronti di leggi non ancora entrate in vigore o non ancora applicate, sono stati accolti solo quando l’atto impugnato non lasciava discrezionalità all’esecutivo in merito alla condotta da osservare. I panel hanno giustificato tale soluzione facendo leva sul fatto che l’adozione di leggi che imponevano comportamenti incompatibili con gli obblighi contratti nel quadro del GATT incideva sulle aspettative delle parti contraenti, per quanto concerne la relazione competitiva fra i loro prodotti e quelli di altri Stati membri²⁷.

²⁶ Vedi Sharif Bhuiyan, *Mandatory and Discretionary Legislation: The Continued Relevance of the Distinction Under the WTO*, in *Journal of International Economic Law*, 2002, p. 571.

²⁷ Il primo rapporto in cui un atto legislativo in quanto tale è stato dichiarato incompatibile con il GATT’47 riguardava due leggi degli Stati Uniti che imponevano rispettivamente una tassa sul petrolio e su altre sostanze importate (*États-Unis – Taxes sur le pétrole et certains produits d’importation*, adottato il 17 giugno 1987, IBDD, S34/154). Nel primo caso, il panel ha dichiarato l’atto incompatibile con l’art. III dell’accordo GATT, sottolineando che incideva sulle aspettative commerciali delle parti contraenti. Nel secondo caso, il panel ha affermato che l’atto non costituiva una violazione dell’art. III, dal momento che, a differenza del primo, poteva essere applicato dall’esecutivo americano in modo conforme all’accordo. Come è stato sottolineato da Kwan Kiat Sim, il panel in questo rapporto «did not purport to lay down a general principle that only legislation mandating actions inconsistent with WTO obligations can be challenged as such, but legislation that merely confers discretion to act cannot be challenged. With respect to the Tax on Petroleum, the Panel emphasized that the purpose of the principle of national treatment was

Con l'istituzione dell'Organizzazione mondiale del commercio la *grandfather clause* è stata abbandonata ed è stata introdotta nell'accordo OMC una disposizione che prevede che «chaque Membre assurera la conformité de ses lois, réglementations et procédures administratives avec ses obligations telles qu'elles sont énoncées dans les Accords figurant en annexe»²⁸.

È sorto quindi il problema di valutare se avesse senso mantenere la distinzione fra legislazione obbligatoria e discrezionale per valutare l'ammissibilità di ricorsi aventi per oggetto atti posti in essere dal legislatore. Alcuni hanno dichiarato che l'*acquis* del GATT'47 e delle corrispondenti decisioni dei panel doveva essere fatto salvo. Di conseguenza, l'art. XVI: 4 avrebbe dovuto essere interpretato in modo tale da consentire l'impugnazione solo di atti legislativi che imponessero all'esecutivo di osservare una condotta non conforme agli accordi dell'ordinamento. Altri hanno sostenuto che l'introduzione dell'art. XVI:4 modificava il regime esistente in modo tale da permettere d'impugnare non solo gli atti legislativi imperativi, ma anche quelli discrezionali.

Le controversie che i panel e lo stesso Organo di appello sono stati chiamati a risolvere, in seguito all'entrata in vigore dell'OMC, aventi per oggetto atti legislativi in quanto tali

to protect the "expectations of the contracting parties as to the competitive relationship between their products and those of the other contracting parties (...). The mandatory nature of legislation was a factor in the Panel's determination, but was not the definitive criterion» (vedi KWAN KIAT SIM, *Rethinking the Mandatory/Discretionary Legislation Distinction in WTO Jurisprudence*, in *World Trade Review*, 2003, p. 41).

Nei rapporti successivi, invece, l'effetto della legislazione sulle aspettative commerciali delle parti contraenti è stato tralasciato e il carattere imperativo/discrezionale della legislazione è divenuto il parametro di valutazione decisivo.

²⁸ Par. 4 dell'art. XVI dell'accordo OMC. Vedi pure il par. 1 dell'art. 41 dell'accordo TRIPS ai sensi del quale «les Membres feront en sorte que leur législation comporte des procédures destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle telles que celles qui sont énoncées dans la présente partie, de manière à permettre une action efficace contre tout acte qui porterait atteinte aux droits de propriété intellectuelle couverts par le présent accord, y compris des mesures correctives rapides destinées à prévenir toute atteinte et des mesures correctives qui constituent un moyen de dissuasion contre toute atteinte ultérieure», il par. 1 dell'art. VI GATS ai sensi del quale «Dans les secteurs où des engagements spécifiques seront contractés, chaque Membre fera en sorte que toutes les mesures d'application générale qui affectent le commerce des services soient administrées d'une manière raisonnable, objective et impartiale», dove per misura «s'entend de toute mesure prise par un Membre, que ce soit sous forme de loi, de réglementation, de règle, de procédure, de décision, de décision administrative, ou sous toute autre forme» (vedi art. XVIII GATS), gli articoli 18.4 dell'accordo antidumping e 32.5 dell'accordo SMC ai sensi dei quali «[c]haque Membre prendra toutes les mesures nécessaires, de caractère général ou particulier, pour assurer ... la conformité de ses lois, réglementations et procédures administratives avec les dispositions du présent accord»; l'art. 22 dell'accordo sull'attuazione dell'art. VII del GATT'94 ai sensi del quale «Chaque Membre assurera, au plus tard à la date où les dispositions du présent accord entreront en application en ce qui le concerne, la conformité de ses lois, règlements et procédures administratives avec les dispositions dudit accord.», l'art. 8.2.a) dell'accordo sulle licenze d'importazione «Chaque Membre assurera, au plus tard à la date où l'Accord sur l'OMC entrera en vigueur pour lui, la conformité de ses lois, réglementations et procédures administratives avec les dispositions du présent accord».

offrono delle indicazioni importanti al fine di stabilire se la distinzione fra *mandatory* e *discretionary legislation* continua ad essere rilevante oppure se ha conosciuto un'evoluzione.

Esse possono essere classificate in quattro categorie. Nella prima s'inseriscono tutti i casi in cui il ricorso avente per oggetto un atto legislativo in quanto tale è stato considerato automaticamente ammissibile in virtù del carattere manifestamente imperativo della legge impugnata²⁹.

La seconda comprende invece i casi in cui il panel ha applicato in modo rigoroso il criterio elaborato in via giurisprudenziale nel quadro del GATT'47 ed ha ritenuto che *solo* la legislazione che *imponga* all'esecutivo di osservare una condotta non conforme agli obblighi OMC possa produrre un illecito³⁰.

La terza categoria include i casi in cui i panel hanno dichiarato espressamente che il criterio *mandatory/discretionary* non è più applicabile nel quadro dell'ordinamento OMC in quanto derogato dall'art. XVI:4 dell'accordo OMC o da disposizioni analoghe degli accordi allegati³¹.

²⁹ Vedi, a titolo di esempio, il rapporto del panel *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS8/R, WT/DS10/R, WT/DS11/R, adottato il primo novembre 1996, modificato dal rapporto dell'Organo d'appello, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R; rapporto del panel *Canada – Certaines mesures concernant les périodiques*, WT/DS31/R, adottato il 30 luglio 1997, modificato dal rapporto dell'Organo d'appello, WT/DS31/AB/R; rapporto del panel *Communautés européennes – Hormones*, WT/DS26/R, WT/DS48/R adottato il 13 febbraio 1998; rapporto del panel *Corée – Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS75/R, WT/DS84/R, adottato il 17 février 1999, modificato dal rapporto dell'Organo d'appello, WT/DS75/AB/R, WT/DS84/AB/R; rapporto del panel *Chili – Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS87/R, WT/DS110/R, adottato il 12 gennaio 2000, modificato dal rapporto dell'Organo d'appello, WT/DS87/AB/R, WT/DS110/AB/R; rapporto del panel *États-Unis – FSC*, WT/DS108/R, adottato il 20 marzo 2000; rapporto del panel *États-Unis – Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur*, WT/DS160/R, adottato il 27 luglio 2000; rapporto del panel *États-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention*, WT/DS217/R e WT/DS234/R, adottato il 16 settembre 2002, modificato dal rapporto dell'Organo d'appello, WT/DS217/AB/R e WT/DS234/AB/R, adottato il 16 gennaio 2003.

³⁰ Vedi il rapporto del panel *Canada – mesures visant l'exportation des aéronefs civils*, WT/DS70/R, adottato il 14 aprile 1999, par. 9.208-9.213, in cui il ricorso promosso dal Brasile contro le misure canadesi è respinto sulla base del fatto che la parte attrice non ha saputo dimostrare che tali misure *impongono* (*mandate*) la concessione di sussidi all'esportazione incompatibili con l'art. 3.1 e 3.2 dell'accordo SCM e il rapporto del panel *Etats-Unis – Droit antidumping sur les semiconducteurs pour mémoires RAM dynamiques (DRAM) d'un mégabit ou plus, originaires de Corée*, WT/DS99/R, adottato il 19 marzo 1999, in cui il panel ha ritenuto compatibile con il diritto OMC un regolamento del dipartimento del commercio degli Stati Uniti, nonostante imponesse all'esecutivo di osservare una condotta non conforme all'art. 11.2 dell'accordo anti-dumping, a causa dell'esistenza di un altro regolamento che non era imperativo e consentiva all'esecutivo di tenere un comportamento compatibile con gli obblighi OMC. Vedi, infine, il rapporto del panel, *Etats-Unis – article 211 de la loi générale de 1998 portant ouverture de crédits*, WT/DS176/R, adottato il 16 agosto 2001 e il rapporto del panel, *Etats-Unis – réexamen à l'extinction des droits antidumping appliqués aux produits plats en acier au carbone traité contre la corrosion en provenance du Japon*, WT/DS244/R, adottato il 14 agosto 2003, par. 7.112-7.119.

³¹ Vedi il rapporto *Etats-Unis – articles 301 à 310 de la loi de 1974 sur le commerce extérieur*, WT/DS152/R, adottato il 22 dicembre 1999, par. 7.53 in cui il panel ha dichiarato che «le fait de trancher la question de savoir quel type de lois, dans l'abstrait, peut constituer un manquement aux obligations au regard de l'OMC ne présente pas d'intérêt dans le cadre de l'examen du type d'allégations dont nous

Infine, la quarta categoria comprende i casi dei panel nonché dell'Organo di appello, in cui la distinzione imperativo/discrezionale non è scartata, ma viene applicata in modo meno formale ed automatico di quanto non avvenisse in passato³². In particolare, i panel hanno cercato di *contestualizzare* tale criterio, esaminando prima di tutto gli obblighi posti dalla norma OMC che si presume violata per stabilire solo successivamente se l'atto legislativo imponga una condotta illecita³³. L'Organo di appello, da un lato, ha cercato di evitare di pronunciarsi espressamente sulla validità della distinzione in quanto tale³⁴, dall'altro, ha favorito il controllo di legalità nei confronti di atti legislativi che

sommes saisis. À notre avis, la méthode indiquée dans des affaires comme celle-ci consiste à examiner avec soin la nature de l'obligation en cause et à évaluer la mesure en question à la lumière de cet examen. Après avoir interprété correctement l'obligation spécifique en cause, la question qui se pose est celle de savoir si la prohibition frappe uniquement les lois nationales impératives ou si elle frappe également les lois nationales discrétionnaires. Nous rejetons la thèse selon laquelle il n'y aurait qu'une seule règle inflexible applicable à l'ensemble de la législation nationale. Après tout, est-il si peu vraisemblable que les concepteurs de l'Accord sur l'OMC, dans leur sagesse, aient élaboré des obligations qui rendraient illégales jusqu'aux lois discrétionnaires et élaboré d'autres obligations prohibant uniquement les lois impératives? La question de savoir si l'article 304 contrevient ou non à l'article 23 dépend donc, d'abord et avant tout, des obligations précises énoncées à l'article 23» e il rapporto *Etats-Unis- Loi Antidumping de 1916 (Plainte du Japon)*, WT/DS162/R, adottato il 26 settembre 2000, par. 6.189 in cui il panel ha affermato che «dans la mesure où l'article 18.4 exige que la Loi de 1916 soit conforme à l'Accord antidumping à compter de la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC pour les États-Unis, la notion de législation impérative/non impérative n'est plus pertinente pour déterminer si le Groupe spécial peut ou ne peut pas examiner la conformité de la Loi de 1916 avec l'Accord antidumping (corsivo aggiunto)».

³²Rapporto dell'Organo d'appello, *Etats-Unis- loi antidumping de 1916*, WT/DS136/AB/R e WT/DS162/AB/R, adottato il 28 agosto 2000, il rapporto del panel, *Etats-Unis -mesures traitant les restrictions à l'exportation comme des subventions*, WT/DS194/R, adottato il 29 giugno 2001, rapporto dell'Organo d'appello, *Etats-Unis- article 211 de la loi générale de 1998 portant ouverture de crédits*, WT/DS176/AB/R, adottato il 2 gennaio 2002, rapporto del panel, *Canada- crédits à l'exportation et garanties de prêts accordés pour les aéronefs régionaux*, WT/DS222/R, adottato il 28 gennaio 2002, rapporto del panel, *États-Unis- mesures compensatoires concernant certains produits en provenance des Communautés européennes*, WT/DS212/R, adottato il 31 luglio 2002, rapporto dell'Organo di appello, *États-Unis – droits compensateurs sur certains produits plats en acier au carbone traité contre la corrosion en provenance d'Allemagne* WT/DS213/AB/R, adottato il 28 novembre 2002, rapporto dell'Organo d'appello, *États-Unis- mesures compensatoires de certains produits en provenance des communautés européennes*, WT/DS212/AB/R, adottato il 9 dicembre 2002; rapporto dell'Organo di appello, *Etats-Unis – réexamen à l'extinction des droits antidumping appliqués aux produits plats en acier au carbone traité contre la corrosion en provenance du Japon*, WT/DS244/AB/R, adottato il 15 dicembre 2003.

³³ Vedi il rapporto del panel in cui la scelta di applicare la distinzione imperativo/discrezionale « *dans un contexte donné quant au fond* » è stata giustificata sulla base del fatto che «c'est après avoir examiné à la fois les allégations relatives aux dispositions de l'OMC quant au fond et les dispositions pertinentes de la législation en cause que nous serons le mieux placés pour déterminer si la législation impose un traitement des restrictions à l'exportation qui viole ces dispositions», *Etats-Unis- mesures traitant les restrictions à l'exportation comme des subventions*, cit., par. 8.11-8.12; vedi anche il rapporto del panel *Canada- crédits à l'exportation et garanties de prêts accordés pour les aéronefs régionaux*, cit., par. 7.61.

³⁴ Vedi il rapporto *Etats-Unis- mesures compensatoires de certains produits en provenance des Communautés européennes*, cit., in cui l'Organo d'appello, negando che l'atto legislativo contestato integrasse un illecito, ha precisato che «Nous n'excluons pas, par implication, la possibilité qu'un Membre puisse manquer à ses obligations dans le cadre de l'OMC en promulguant une législation qui accorde à ses autorités le pouvoir discrétionnaire d'agir en violation de ses obligations dans le cadre de l'OMC. Nous ne formulons aucune constatation à cet égard», (nota 81 del par. 155); vedi il rapporto, *Etats-Unis – réexamen à l'extinction des droits antidumping appliqués aux produits plats en acier au carbone traité contre la corrosion en provenance du Japon*, par. 93, in cui l'Organo d'appello, ha dichiarato che non si è

secondo la giurisprudenza GATT'47 sarebbero stati considerati discrezionali, privilegiando un'interpretazione estensiva del carattere imperativo di una norma³⁵, oppure focalizzando l'attenzione sugli effetti concreti prodotti da essa³⁶.

Se si prescinde dalle controversie aventi per oggetto un atto legislativo manifestamente imperativo, che si distribuiscono in modo omogeneo lungo l'arco di tempo in cui i panel e l'Organo di appello hanno svolto finora la loro attività, le altre tre categorie di casi presentano una connotazione temporale, salvo rare eccezioni³⁷, piuttosto marcata che consente di ordinarle in termini cronologici.

Al momento dell'istituzione dell'Organizzazione mondiale del commercio, i panel hanno fatto salvo l'*acquis* del GATT'47 ed hanno escluso automaticamente la possibilità che una legge discrezionale producesse un illecito nel quadro dell'OMC. Quest'approccio ha conosciuto un cambiamento radicale alla fine del 1999 con il rapporto del panel *Etats-Unis – articles 301 à 310 de la loi de 1974 sur le commerce extérieur* in cui per la prima volta la distinzione *mandatory/discretionary* è stata espressamente abbandonata. Tale soluzione ha avuto un'eco importante nei casi successivi, ma, data la sua drasticità, non è stata generalizzata. I panel e l'Organo d'appello, in effetti, anziché scartare definitivamente il criterio *mandatory/discretionary* hanno preferito continuare ad applicarlo in modo più flessibile rispetto al passato. Il quadro attualmente è ancora fluido, ma la tendenza emersa nei rapporti adottati dopo il 1999, induce a concludere che la distinzione imperativo/discrezionale continua ad essere rilevante. L'unica vera novità è

ancora pronunciato «d'une manière générale quant à la question de savoir dans quelle mesure la distinction impératif/facultatif restait pertinente ou importante», ed ha precisato, «comme avec n'importe quel outil analytique de ce type, l'importance de la "distinction impératif/facultatif" peut varier d'un cas à l'autre», par. 93.

³⁵ Vedi rapporto, *Etats-Unis- loi antidumping de 1916*, cit. par. 91 in cui l'Organo d'appello ha sostenuto che il margine di discrezionalità di cui godeva l'esecutivo non era sufficientemente ampio da considerare l'atto legislativo contestato non imperativo.

³⁶ Vedi il rapporto dell'Organo d'appello, *Etats-Unis – droits compensateurs sur certains produits plats en acier au carbone traité contre la corrosion en provenance d'Allemagne*, cit., par. 162. Lo stesso approccio è stato seguito dal panel nel caso *Etats-Unis- mesures compensatoires concernant certains produits en provenance des Communautés européennes*, cit., in cui ha affermato che «Même si seule une législation qui prescrit un manquement à des obligations dans le cadre de l'OMC peut être incompatible avec les règles de l'OMC, nous sommes d'avis que l'existence d'une certaine forme de pouvoir discrétionnaire de l'exécutif ne suffit pas à elle seule pour rendre une loi compatible *prima facie* avec les règles de l'OMC; ce qui importe c'est la question de savoir si les pouvoirs publics ont la faculté discrétionnaire effective d'interpréter et d'appliquer la législation du pays d'une manière compatible avec les règles de l'OMC», par. 7.123.

³⁷ Vedi i due rapporti dei panel *Etats-Unis- article 211 de la loi générale de 1998 portant ouverture de crédits*, cit., e *Etats-Unis – réexamen a l'extinction des droits antidumping appliqués aux produits plats en acier au carbone traité contre la corrosion en provenance du Japon*, cit., che, nonostante siano stati adottati dopo il caso *Etats-Unis – articles 301 à 310 de la loi de 1974 sur le commerce extérieur* (rispettivamente il 16 agosto 2001 e il 14 agosto 2003), continuano ad applicare la distinzione *mandatory/discretionary* conformemente alla giurisprudenza GATT'47.

data dal fatto che prima il carattere imperativo dell'atto legislativo veniva vagliato esclusivamente sulla base di un'interpretazione testuale, mentre ora viene accertato alla luce dell'applicazione della norma e degli effetti da essa prodotti, rispetto all'obbligo OMC che si presume violato.

Il quadro appena descritto non è del tutto soddisfacente. La scelta di fare salva la distinzione *mandatory/discretionary*, modificandone il contenuto risponde più all'esigenza di evitare cesure con l'*acquis* '47 che allo scopo di favorire il rispetto delle norme OMC.

Se il motivo per il quale originariamente i panel hanno ammesso la possibilità di contestare la compatibilità di atti legislativi in quanto tali era la garanzia di relazioni commerciali competitive fra le parti contraenti non si comprende perché essa debba essere limitata ai soli atti legislativi imperativi. In effetti, come ha messo bene in luce la Comunità europea «vu l'importance centrale de la sécurité et de la prévisibilité dans le système commercial multilatéral, (...) le maintien du pouvoir discrétionnaire d'agir d'une manière interdite par les obligations contractées dans le cadre de l'OMC porte atteinte à la prévisibilité et rend même les éléments discrétionnaires (...) incompatibles avec les règles de l'OMC, en tant que tels»³⁸.

Gli Stati Uniti hanno giustificato tale soluzione chiamando in causa il diritto internazionale ed affermando che «il s'agit d'un principe général (...) qui trouve très probablement sa source dans la présomption d'absence de conflit entre le droit interne et le droit international»³⁹. Questo argomento è senz'altro valido, a condizione però che sia completato dal corollario secondo il quale lo Stato deve osservare il diritto internazionale in buona fede. L'insieme di questi due criteri permette di constatare che per tutelare l'autonomia del legislatore nel dare attuazione al diritto internazionale, non è necessario considerare tutti gli atti legislativi discrezionali sempre compatibili con esso, ma è sufficiente presumerli tali ed attribuire alla vittima il compito di dimostrare il contrario⁴⁰.

Ciò è proprio quanto previsto dal diritto internazionale della responsabilità, che non stabilisce alcun principio specifico in materia d'illeciti prodotti dal legislatore e affida alla parte attrice il compito di operare un confronto fra il contenuto della norma violata e

³⁸ Rapporto dell'Organo d'appello, *Etats-Unis- mesures compensatoires de certains produits en provenance des Communautés européennes*, cit., par. 39.

³⁹ Rapporto del panel *Etats-Unis- Loi Antidumping de 1916, plainte des Communautés européennes*, cit., par. 3.33.

⁴⁰ Vedi, Kwan Kiat Sim, secondo il quale «the presumption against violation of international law is (...) rebutted if the legislation is clearly inconsistent with international obligations», KWAN KIAT SIM, *Rethinking the mandatory/discretionary legislation distinction in WTO jurisprudence*, cit., p. 59.

l'atto legislativo contestato. Il contenuto dell'obbligo internazionale che si presume violato costituisce il parametro fondamentale per accertare l'esistenza di un fatto illecito. Le modalità con cui una legge è applicata possono contribuire ad effettuare tale rilevazione, ma non costituiscono un fattore determinante. In effetti, è possibile che la mera adozione (oppure addirittura la mancata emanazione)⁴¹ di un atto legislativo vanifichi l'oggetto di una norma internazionale producendo un illecito a prescindere da qualunque considerazione relativa agli effetti derivanti dalla sua eventuale applicazione.

Se si applica tale approccio nel quadro dell'ordinamento OMC, il fatto che un atto legislativo abbia natura discrezionale perde di rilevanza. In effetti, le regole OMC «ne visent pas seulement à protéger les échanges courants, mais aussi à créer les conditions de prévisibilité nécessaires pour planifier les échanges futurs»⁴². Quindi, qualunque atto potenzialmente incompatibile con gli obblighi OMC può costituire di per sé un illecito nella misura in cui incida sulla condotta degli operatori privati ostacolando la prevedibilità dei loro comportamenti.

Ciò non significa che la distinzione *mandatory/discretionary* sia del tutto priva di valore. Essa, in effetti, continua ad essere utile, non tanto per escludere *a priori* che un atto discrezionale possa dare luogo ad una violazione, quanto per accertare *prima facie* che un atto imperativo non conforme ad una norma OMC costituisce di per sé un illecito. In altri termini, se un atto legislativo impone all'esecutivo un comportamento non conforme al diritto OMC, spetterà alla parte responsabile dimostrare che l'atto contestato non altera le relazioni commerciali competitive fra le parti contraenti. Viceversa, nell'ipotesi di un atto discrezionale, l'onere della prova resterà a carico della parte attrice che dovrà provare che la misura contestata pur non prescrivendo un comportamento incompatibile con il diritto OMC altera le condizioni di prevedibilità degli scambi.

Tale soluzione presenta il vantaggio di soddisfare più esigenze: la necessità di fare salvi i principi affermatasi in via di prassi nel quadro del GATT'47, quella di favorire il rispetto della legalità ed infine quella di garantire un certo margine di flessibilità alle parti contraenti in merito alla scelta delle modalità di attuazione degli obblighi OMC.

⁴¹ Vedi il rapporto del panel, *Inde-Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, WT/DS50/R, adottato il 5 settembre 1997, par. 7.31 in cui l'India è stata condannata per violazione dell'art. 70:8a) TRIPs per la mancata adozione di un atto legislativo in materia di brevetti che garantisce l'attuazione di tale disposizione.

⁴² Rapporto del panel, *Etats-Unis - Taxes sur le pétrole et certains produits d'importation*, (Fonds spécial), adottato il 17 giugno 1987, IBDD, S34/154, par. 5.2.2.

Purtroppo, finora né il panel né l'Organo di appello si sono avvalsi del diritto internazionale della responsabilità e il mancato ricorso a tale fonte sussidiaria ha dato luogo a soluzioni ambigue e discutibili. In particolare l'Organo di appello, da un lato, ha fatto propria, senza operarvi un rinvio esplicito, la metodologia di rilevazione della violazione prevista dal diritto internazionale in materia di illecito del legislatore, in quanto ha esaminato la compatibilità dell'atto legislativo contestato con il contenuto della norma OMC che si presume violata ed ha sottolineato espressamente che il compito di dimostrare l'esistenza di una violazione spetta alla parte ricorrente⁴³. Dall'altro, ha recuperato l'*acquis* del GATT'47, imponendo a carico della parte attrice l'onere di dimostrare che l'atto discrezionale di fatto *prescrive* una condotta incompatibile con la norma OMC⁴⁴. In altri termini, l'accertamento dell'illecito risulta deformato in quanto la vittima è tenuta a confrontare l'oggetto della norma OMC non tanto con il contenuto nonché gli effetti potenziali dell'atto legislativo contestato, quanto con il comportamento che di fatto l'esecutivo terrà sulla base di tale atto.

Questa soluzione riflette, da una parte, la volontà dell'Organo di appello di estendere il proprio controllo nei confronti di tutti gli atti che possano impedire la realizzazione degli obiettivi previsti dall'ordinamento OMC, dall'altro l'incapacità di "emanciparsi" definitivamente dalla prassi precedente. Il diritto internazionale della responsabilità potrebbe costituire uno strumento importante per risolvere tale "dilemma", dal momento che offrirebbe all'Organo di appello una base giuridica solida per giustificare la scelta di

⁴³ «Nous notons (...) que, dans les procédures de règlement des différends, les Membres peuvent contester la compatibilité avec les accords visés de la législation d'un autre Membre en tant que telle, indépendamment de toute application spécifique de cette législation. Dans les deux cas, c'est le Membre plaignant qui a la charge de prouver son allégation. (...) Ainsi, la législation d'un Membre défendeur sera considérée comme étant *compatible* avec les règles de l'OMC jusqu'à preuve évidente du contraire. Il incombe à la partie affirmant que la législation nationale d'une autre partie, en tant que telle, est incompatible avec les obligations conventionnelles pertinentes d'apporter des éléments de preuve quant à la portée et au sens de ladite législation pour étayer cette affirmation. De tels éléments de preuve seront habituellement constitués par le texte de la législation ou des instruments juridiques pertinents, qui pourra être étayé, selon que de besoin, par des éléments de preuve de l'application constante de cette législation, les arrêts des tribunaux nationaux concernant le sens de cette législation, les opinions des experts juridiques et les écrits de spécialistes reconnus. La nature et la portée des éléments de preuve exigés pour s'acquitter de la charge de la preuve varieront d'une affaire à l'autre», vedi il rapporto dell'Organo d'appello, *Etats-Unis - droits compensateurs sur certains produits plats en acier au carbone traité contre la corrosion en provenance d'Allemagne*, cit., par. 156-157.

⁴⁴ «Il s'ensuit que, dans la présente affaire, les Communautés européennes ne se sont pas acquittées de la charge qui leur incombait de prouver soit que la législation des Etats-Unis impose au DOC d'agir d'une manière incompatible avec l'article 21.3 de l'Accord SMC, soit que cette législation limite d'une manière importante le pouvoir discrétionnaire du DOC de faire une détermination compatible avec l'article 21.3 dans le cadre d'un réexamen à l'extinction (corsivo aggiunto)», rapporto dell'Organo d'appello, *Etats-Unis - droits compensateurs sur certains produits plats en acier au carbone traité contre la corrosion en provenance d'Allemagne*, cit., par. 162.

deviare direzione rispetto al solco tracciato dalla prassi relativa al GATT'47, senza obbligarlo ad abbandonare definitivamente la distinzione *mandatory/discretionary* laddove sia funzionale ad agevolare la vittima nel compito di accertare l'illecito⁴⁵.

1.3 Le caratteristiche temporali del fatto illecito e i ricorsi per infrazione dell'OMC

L'ultima variabile sulla quale merita soffermarsi per offrire un quadro esaustivo delle caratteristiche dell'elemento oggettivo dell'illecito previste dal diritto internazionale generale e dell'incidenza effettiva o potenziale che esse possono avere nel quadro del diritto dell'OMC, è il tempo.

Il testo di codificazione destina tre articoli, dei quattro che compongono il capitolo IV relativo alla violazione di un obbligo internazionale, alla disciplina di tale aspetto.

Il primo definisce il rapporto temporale che deve sussistere fra obbligo violato e fatto illecito. In particolare, l'art. 13 stabilisce che «le fait de l'État ne constitue pas une violation d'une obligation internationale à moins que l'État ne soit lié par ladite obligation au moment où le fait se produit». Tale principio sancisce la non retroattività della responsabilità. Esso è stato enunciato ed applicato costantemente da tribunali internazionali ed arbitri ed è stato generalmente riconosciuto dalla dottrina.⁴⁶ Come si sottolinea nel commento, il fatto che l'illecito sia avvenuto quando lo Stato era tenuto ad osservare l'obbligo internazionale violato, «est non seulement nécessaire, mais aussi suffisant, pour établir la responsabilité. En d'autres termes, une fois que la responsabilité a pris naissance dans le fait internationalement illicite, elle demeure même si l'obligation mise en cause disparaît ultérieurement, soit que le traité violé ait été dénoncé, soit que le droit international ait évolué»⁴⁷. Ciò non significa che l'obbligo violato non possa essere interpretato in modo evolutivo, o che i fatti intervenuti prima della sua entrata in vigore non possano essere presi in considerazione. Il principio di non retroattività è soprattutto

⁴⁵ I rapporti adottati, come ha sottolineato l'Organo d'appello, «sont une partie importante de l'"acquis" du GATT. Ils sont souvent examinés par les groupes spéciaux établis ultérieurement. Ils suscitent chez les Membres de l'OMC des attentes légitimes et devraient donc être pris en compte lorsqu'ils ont un rapport avec un autre différend. Mais ils n'ont aucune force obligatoire, sauf pour ce qui est du règlement du différend entre les parties en cause» (vedi il rapporto dell'Organo d'appello, *Japon-Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adottato il 4 ottobre 1996, p. 17). Questo significa che i panel nonché l'Organo d'appello possono disattendere le indicazioni offerte dalla prassi, ma, al tempo stesso, sono tenuti a giustificare in modo articolato tale scelta. Una rilettura dell'approccio giurisprudenziale precedente alla luce dei principi sanciti dal diritto internazionale della responsabilità risulta preferibile ai fini della tutela delle aspettative legittime delle parti contraenti rispetto alla strategia più ambigua di modificare di fatto l'indirizzo anteriore senza affermarlo e motivarlo esplicitamente.

⁴⁶ Vedi il commento all'art. 13, pp. 141-143.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 144.

funzionale, da un lato, a ribadire la necessità di accertare l'esistenza di un collegamento tra comportamento posto in essere dallo Stato e violazione nei suoi confronti dell'obbligo che s'intende violato, dall'altro ad evitare che il trascorrere del tempo possa cancellare la responsabilità derivante da fatti che quando sono stati realizzati erano illeciti.

La seconda disposizione del capitolo IV che definisce, da un punto di vista temporale, l'elemento oggettivo del fatto illecito è l'art. 14. Esso stabilisce che «1. La violation d'une obligation internationale par le fait de l'État n'ayant pas un caractère continu a lieu au moment où le fait se produit, même si ses effets perdurent. 2. La violation d'une obligation internationale par le fait de l'État ayant un caractère continu s'étend sur toute la période durant laquelle le fait continue et reste non conforme à l'obligation internationale. 3. La violation d'une obligation internationale requérant de l'État qu'il prévienne un événement donné a lieu au moment où l'événement survient et s'étend sur toute la période durant laquelle l'événement continue et reste non conforme à cette obligation».

La variabile determinante per qualificare il fatto illecito, in questo caso, è la sua durata. Sulla base di questo criterio, è possibile classificare i fatti illeciti in *istantanei*, *continuati* ed *anticipati*.

Un illecito istantaneo è un fatto compiuto, al momento in cui si consuma la violazione, nonostante i suoi effetti o conseguenze perdurino nel tempo. Il fatto che un illecito sia istantaneo non significa che non possa conoscere un'estensione nel tempo. Tale durata si esaurisce, però, in un istante, allorché l'illecito giunge a compimento. Un illecito continuato, invece, si protrae nel tempo, anche dopo che la violazione si è consumata.

La linea di demarcazione fra illeciti istantanei e continuati non è facile da tracciare per due motivi. In primo luogo, la scelta d'inserire un illecito in una delle due categorie è fortemente condizionata dalle caratteristiche dell'obbligo primario violato e dalle circostanze in cui la violazione è stata prodotta. In secondo luogo, come si sottolinea nel commento all'art. 14 «la distinction entre faits achevés et faits continus est relative»⁴⁸.

Un fatto istantaneo, in effetti, può protrarsi nel tempo così come un illecito continuato può cessare. Il criterio determinante per qualificare da un punto di vista temporale il rapporto fra fatto illecito e obbligo internazionale violato diventa quindi il momento in cui viene fatta valere la responsabilità.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 148.

L'illecito anticipato, infine, si produce allorché la violazione «est seulement appréhendée ou imminente»⁴⁹. La minaccia di un comportamento costituisce di per sé un illecito solo nell'ipotesi in cui sia vietata espressamente da una norma primaria. In via generale, però, gli atti che contribuiscono alla preparazione di un fatto illecito non costituiscono di per sé una violazione⁵⁰.

La classificazione dei fatti illeciti in base alla loro durata non ha un valore meramente descrittivo. Essa ha un'incidenza importante, sia ai fini della determinazione delle conseguenze dell'illecito, sia in vista dell'accertamento della competenza *ratione temporis* del giudice internazionale che deve pronunciarsi su una data controversia. Per quanto riguarda il contenuto della responsabilità, esso risulta più oneroso nell'ipotesi di illecito continuato. Solo in tal caso, in effetti, lo Stato responsabile, ancor prima di eliminare le conseguenze prodotte dal comportamento illecito, dovrà provvedere ad interromperlo. L'obbligo di riparazione a sua volta, sarà aggravato, quanto più l'illecito si protrae nel tempo⁵¹. Per quanto riguarda, la competenza *ratione temporis* del giudice internazionale, la durata dell'illecito sottoposto a giudizio ha giocato un ruolo determinante per definire i confini della sfera giurisdizionale da un punto di vista temporale. In particolare, la Corte europea dei diritti dell'uomo si è dichiarata competente, in più di un'occasione, a valutare la violazione di un diritto che aveva avuto inizio quando lo Stato accusato non aveva ancora aderito alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, facendo leva sul fatto che tale comportamento era continuato anche dopo l'adesione⁵².

L'ultima disposizione che contribuisce a caratterizzare da un punto di vista temporale l'elemento oggettivo dell'illecito è l'art. 15 del testo di codificazione che identifica una quarta categoria d'illeciti: le violazioni scaturite da *fatti compositi*. Ai sensi dell'art.15:«1.La violation d'une obligation internationale par l'État à raison d'une série

⁴⁹ *Ibidem*, p. 151

⁵⁰ *Ibidem*, p. 152.

⁵¹ Vedi la sentenza relativa al caso *Rainbow Warrior* in cui il tribunale arbitrale ha sottolineato che la distinzione fra fatti illeciti istantanei e continuati «n'est pas purement théorique, mais au contraire, a des conséquences pratiques puisque la gravité de la violation et son prolongement dans temps ont nécessairement une importance considérable pour la fixation de la réparation appropriée dans le cas d'une violation présentant ces deux caractéristiques», *Rainbow Warrior (Nouvelle-Zélande/France)*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX, (1990), p. 264, par. 101, citato nel commento all'art. 14, p. 149.

⁵² Vedi i casi *Papamichalopoulos et autres c. Grèce*, C.E.D.H., Série A, n. 260-B (1993) e *Loizidou c. Turquie, fond*, C.E.D.H., *Recueil* 1996- VI, p. 2216, citati nel commento all'art. 14, p. 150.

d'actions ou d'omissions, définie dans son ensemble comme illicite, a lieu quand se produit l'action ou l'omission qui, conjuguée aux autres actions ou omissions, suffit à constituer le fait illicite. 2. Dans un tel cas, la violation s'étend sur toute la période débutant avec la première des actions ou omissions de la série et dure aussi longtemps que ces actions ou omissions se répètent et restent non conformes à ladite obligation internationale».

Un illecito composito non è altro che una sottocategoria dell'insieme composto dagli illeciti continuati. Esso si caratterizza per il fatto che consta di una pluralità di atti o fatti individuali che si protraggono nel tempo e che presi assieme danno luogo ad una violazione. L'essenza stessa della violazione è, quindi, data dal carattere cumulativo del comportamento considerato. Essa è prevista da alcune norme primarie che stabiliscono degli "obblighi compositi" ovvero vietano comportamento sistematici⁵³.

Per quanto concerne l'estensione temporale di un fatto illecito composito, il commento all'art. 15 chiarisce che «une fois qu'un nombre suffisant d'actions ou d'omissions s'est produit, constituant le fait composite en tant que tel, la violation est réputée avoir débutée avec la première des actions ou omissions de la série. La première action ou omission n'est considérée comme telle que si un nombre d'actions ou d'omissions suffisant pour constituer le fait illicite s'est produit. Dès que cela est établi, le fait illicite est réputé s'étendre tout au long de la période commençant avec la commission de la première action ou omission»⁵⁴.

Dopo aver illustrato le caratteristiche temporali dell'elemento oggettivo dell'illecito previste dal diritto internazionale è possibile dedicare la nostra attenzione al regime della responsabilità del diritto OMC, al fine di valutare se quest'ultimo prevede una disciplina diversa oppure presenta delle lacune in materia, suscettibili di essere integrate operando un rinvio all'ordinamento internazionale.

Né l'Intesa sulla soluzione delle controversie né gli accordi materiali allegati all'accordo istitutivo dell'OMC contengono disposizioni specifiche sul rapporto temporale fra obbligo violato e fatto illecito o sulle conseguenze derivanti dalla durata della violazione. Le caratteristiche temporali del fatto illecito nel quadro dell'OMC possono comunque essere dedotte indirettamente da altre misure che affrontano il medesimo

⁵³ Vedi a tale proposito il divieto di genocidio, di *apartheid* o di crimini contro l'umanità.

⁵⁴ Commento all'art. 15, p. 158.

problema dal punto di vista del diritto dei trattati, anziché dal punto di vista del diritto della responsabilità.

In particolare, l'accordo TRIPS disciplina espressamente il principio di non retroattività, stabilendo che le disposizioni ivi contenute non creano alcun obbligo nei confronti delle parti contraenti per atti compiuti prima dell'entrata in vigore del trattato nei loro confronti⁵⁵. Il medesimo accordo, così come l'accordo sulle sovvenzioni pubbliche e l'accordo sui diritti antidumping, chiariscono, a loro volta, il regime giuridico riservato a fatti od atti posti in essere prima della loro ratifica ed ancora esistenti successivamente alla loro entrata in vigore⁵⁶.

Nel primo caso, la non retroattività dell'accordo determina l'assenza di obblighi a carico delle parti contraenti prima dell'entrata in vigore del trattato e di conseguenza l'impossibilità di far valere l'eventuale responsabilità. Nel secondo caso, l'estensione della sfera di applicazione degli accordi agli atti e fatti *esistenti* al momento in cui gli strumenti pattizi sono entrati in vigore offre delle indicazioni importanti sulla portata *ratione temporis* della competenza dei panel e dell'Organo di appello nei confronti di situazioni che hanno avuto inizio prima che l'Organizzazione mondiale del commercio fosse istituita. In effetti, l'art. 3.11 dell'Intesa sulla soluzione delle controversie si limita a stabilire che essa «s'appliquera uniquement dans le cas des nouvelles demandes de consultations présentées au titre des dispositions des accords visés relatives aux consultations à la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC, ou après celle-ci», senza chiarire il regime giurisdizionale riservato ai fatti intervenuti prima dell'istituzione dell'OMC. Le disposizioni prima menzionate contribuiscono a sciogliere tale nodo interpretativo inglobando nella sfera di applicazione dei nuovi trattati tutti i fatti che, pur

⁵⁵ Vedi il par. 1 dell'art. 70 dell'accordo TRIPS ai sensi del quale « Le présent accord ne crée pas d'obligations pour ce qui est des actes qui ont été accomplis avant sa date d'application pour le Membre en question ».

⁵⁶ Vedi il par. 2 dell'art. 70 dell'accordo TRIPS ai sensi del quale «sauf disposition contraire du présent accord, celui-ci crée des obligations pour ce qui est de tous les objets existant à sa date d'application pour le Membre en question, et qui sont protégés dans ce Membre à cette date, ou qui satisfont ou viennent ultérieurement à satisfaire aux critères de protection définis dans le présent accord», l'art. 28 dell'accordo sulle sovvenzioni e le misure compensative ai sensi del quale «Les programmes de subventions qui auront été mis en place sur le territoire de tout Membre avant la date à laquelle ce Membre aura signé l'Accord sur l'OMC et qui seront incompatibles avec les dispositions du présent accord seront: a) notifiés au Comité au plus tard 90 jours après la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC pour ce Membre; et b) rendus conformes aux dispositions du présent accord dans un délai de trois ans à compter de la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC pour ce Membre et, jusque-là, ne seront pas soumis aux dispositions de la Partie II» e l'art. 18.3 dell'accordo sui diritti antidumping ai sensi del quale «sous réserve des alinéas 3.1 et 3.2, les dispositions du présent accord s'appliqueront aux enquêtes, et aux réexamens de mesures existantes, engagés sur demande présentée à la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC pour un Membre ou après cette date».

essendo sorti prima dell'OMC, continuano ad esistere anche dopo la sua istituzione. La soluzione accolta conferma indirettamente quella prevista dall'art. 14 del testo di codificazione che, come è già stato messo in luce prima, attribuisce al giudice internazionale la competenza ad esaminare illeciti verificatisi prima che lo Stato responsabile avesse riconosciuto la giurisdizione del tribunale, a condizione che si siano protratti fino a quando il giudice avesse il titolo per pronunciarsi⁵⁷.

Nel complesso, la lettura delle disposizioni dell'accordo OMC e degli strumenti pattizi allegati induce a constatare che le indicazioni offerte dall'ordinamento OMC in merito alle caratteristiche temporali del fatto illecito sono parziali.

In primo luogo, non hanno una portata generale in quanto non sono inserite in tutti gli accordi OMC, né sono menzionate nell'accordo istitutivo dell'Organizzazione. Di qui la difficoltà di chiarire il regime temporale riservato alle violazioni di quegli accordi che non contengono alcuna indicazione in materia di retroattività o di durata dell'illecito.

⁵⁷ Questo aspetto è stato oggetto di valutazione da parte di un panel e dell'Organo di appello nel caso *Canada – durée de la protection conférée par un brevet*. Rapporto del panel, *Canada – Durée de la protection conférée par un brevet*, WT/DS170/R, adottato il 5 maggio 2000 e il corrispondente rapporto dell'Organo d'appello, *Canada – Durée de la protection conférée par un brevet*, WT/DS170/AB/R, adottato il 18 settembre del 2000. In particolare, il Canada è stato accusato dagli Stati Uniti di mantenere in vigore una disposizione della legge del 1987 sulla protezione dei brevetti (l'art. 45) incompatibile con l'art. 33 e l'art. 70 dell'accordo TRIPS. Nonostante la parte convenuta sostenesse che l'accordo TRIPS non potesse, in virtù dell'art. 70:1, essere applicato al caso di specie, il panel è giunto alla conclusione: «i) que l'énoncé "objets existants ... qui sont protégés" à la date d'application de l'Accord sur les ADPIC, figurant à l'article 70:2, comprend les inventions qui sont actuellement protégées par des brevets conformément à l'article 45 et qui étaient protégées par un brevet le 1^{er} janvier 1996, et que cela ne tombe pas sous le coup de l'article 70:1; et ii) que l'article 45 de la Loi sur les brevets du Canada n'offre pas une durée de protection qui ne prend pas fin avant l'expiration d'une période de 20 ans à compter de la date du dépôt, comme l'exige l'article 33».

L'Organo di appello ha confermato la decisione del panel chiarendo ulteriormente la distinzione fra la nozione di fatto compiuto prevista dall'art. 70:1 e la nozione di fatto esistente menzionata nel paragrafo 2 della medesima disposizione. In particolare, ha sottolineato che «l'article 70:1 et l'article 70:2 portent sur deux questions distinctes et séparées. Le premier porte sur les "actes" passés alors que le deuxième porte sur les "objets" existant à la date d'application de l'Accord sur les ADPIC. L'article 70:1 de l'Accord sur les ADPIC a seulement pour effet d'exclure toutes obligations pour ce qui est des "actes qui ont été accomplis" avant la date d'application de l'Accord sur les ADPIC mais il n'exclut pas les droits et obligations pour ce qui est des situations qui continuent. Au contraire, les "objets existant ... qui sont protégés" constituent manifestement une situation qui continue, qu'ils soient considérés comme des inventions protégées ou les droits de brevet qui leur sont associés (corsivo aggiunto)» (par. 69). Per avvalorare tale interpretazione, l'Organo d'appello ha fatto riferimento anche all'art. 28 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati ed ha sottolineato che l'estensione della sfera di applicazione dell'accordo TRIPS a fatti sorti prima della sua entrata in vigore ed ancora esistenti è compatibile con il principio di diritto internazionale generale che sancisce l'irretroattività dei trattati, dal momento che quest'ultimo opera solamente nei confronti di situazioni che hanno cessato di esistere al momento dell'entrata in vigore dell'accordo. Alla luce di tale giurisprudenza, il criterio di distinzione fra fatti esistenti e fatti compiuti è rappresentato dalla persistenza del comportamento contestato al momento dell'entrata in vigore dell'accordo. Questa soluzione è analoga a quella prevista dal diritto internazionale della responsabilità, che, a sua volta utilizza come spartiacque per accertare la competenza di un tribunale l'esistenza del fatto illecito al momento in cui l'accordo è entrato in vigore nei confronti dello Stato responsabile.

In secondo luogo, esse lasciano indeterminato il problema di stabilire una linea di demarcazione fra illeciti continuati ed illeciti compiuti che prescindano dall'entrata in vigore dell'accordo violato.

La prima lacuna è stata colmata dall'Organo d'appello, attraverso il ricorso al diritto internazionale dei trattati ed in particolare all'art. 28 della Convenzione di Vienna, che disciplina il principio di non retroattività⁵⁸. Le norme dell'ordinamento internazionale hanno, in tali circostanze, svolto la funzione di vere e proprie fonti di diritto e non di sussidi interpretativi, tenuto conto dell'assenza completa, negli accordi sottoposti a giudizio, di una disciplina che consentisse di chiarire la portata temporale degli obblighi presumibilmente violati⁵⁹.

Il secondo problema, relativo alla classificazione dei fatti illeciti in base alla loro durata, finora non è stato mai affrontato, né da un panel né dall'Organo d'appello. La distinzione fra illeciti compiuti ed illeciti continuati non è mai stata oggetto di contenzioso, dal momento che quasi tutti i casi sottoposti all'Organo di soluzione delle controversie riguardano misure *vigenti* (atti legislativi o amministrativi) incompatibili con l'ordinamento OMC, ovvero fatti illeciti continuati⁶⁰. Non a caso, la conseguenza

⁵⁸Vedi il rapporto dell'Organo d'appello, *Brésil – Mesures visant la noix de coco desséchée*, WT/DS22/AB/R, adottato il 20 marzo 1997, p.16; il rapporto dell'Organo d'appello, *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (CE – Hormones)*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, adottato il 13 febbraio 1998, par.128 e il rapporto dell'Organo d'appello, *Communautés européennes-Désignation commerciale des sardines*, WT/DS231/AB/R, adottato il 26 settembre 2002, pp. 57-64.

⁵⁹Nel caso *Brésil – Mesures visant la noix de coco desséchée*, l'Organo d'appello invoca l'art. 28 per giustificare un'interpretazione estensiva del principio di non retroattività dei trattati tale da escludere l'applicazione dell'accordo GATT nei confronti di situazioni che non hanno cessato di esistere al momento dell'istituzione dell'OMC. In particolare, l'Organo d'appello ha fatto leva sul fatto che l'art. 28 ammette delle deroghe al principio di non retroattività se riflettono l'intenzione delle parti. Tale intenzione, nel caso in questione, era deducibile dall'art. 32.3 dell'accordo sulle sovvenzioni che escludeva l'applicazione dell'accordo SCM ed indirettamente dell'accordo GATT nei confronti di tutte le inchieste che pur essendosi concluse dopo il 1995 erano state avviate prima dell'entrata in vigore dell'OMC.

Nel caso *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (CE – Hormones)*, l'Organo d'appello si è avvalso dell'art. 28 della Convenzione di Vienna per estendere l'applicazione dell'accordo SPS ad alcune direttive comunitarie promulgate prima del 1° gennaio 1995 ed ancora vigenti. Infine, nel caso *Communautés européennes-Désignation commerciale des sardines*, l'Organo d'appello ha utilizzato il principio di non retroattività per chiarire se un regolamento comunitario adottato prima del 1995 ed ancora vigente fosse soggetto alla disciplina prevista dall'accordo sugli ostacoli tecnici agli scambi.

⁶⁰Come sottolinea il panel nel caso *Japon – Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs* «la quasi-totalité des affaires examinées par les groupes spéciaux dans le contexte de l'article XXIII: 1 a), confirment que les groupes spéciaux de l'OMC n'ont pas plus que ceux du GATT pour pratique de statuer sur des mesures qui sont venues à expiration ou qui ont été abrogées ou rapportées (Voir *Etats-Unis – Essence*, WT/DS2/R, paragraphe 6.19, où le Groupe spécial observait que "les groupes spéciaux établis au titre de l'Accord général n'avaient généralement pas eu pour pratique de se prononcer sur des mesures qui, au moment où leur mandat avait été défini, n'étaient pas effectives et n'allaient pas le devenir". Voir aussi le rapport du Groupe spécial *Argentine – Mesures affectant les importations de chaussures, textiles, vêtements et autres articles*, WT/DS56/R, distribué le 25 novembre 1997, pages 100 à 102). C'est seulement dans un très petit nombre d'affaires, où intervenaient des situations très particulières,

principale prevista dall'Intesa, nell'ipotesi di violazione di una norma OMC, non è tanto la riparazione dei danni prodotti dall'illecito, quanto la sua cessazione⁶¹. Questo, però, non significa che in futuro tale distinzione non potrà essere utile per chiarire la portata degli obblighi secondari delle parti contraenti, soprattutto nell'ipotesi in cui i meccanismi previsti dal sistema di soluzione delle controversie per sanzionare il comportamento degli Stati inadempienti tengano conto della durata dell'illecito quale fattore di aggravamento della responsabilità⁶².

que des groupes spéciaux se sont prononcés sur des allégations visant des mesures qui n'existaient plus ou qui n'étaient plus appliquées. Dans ces affaires, les mesures en question avaient généralement été appliquées dans un passé très récent (Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial *Etats-Unis - Chemises de laine*, WT/DS33/R, confirmé par l'Organe d'appel, WT/DS33/AB/R, affaire dans laquelle le Groupe spécial a statué sur une mesure qui fut rapportée après le réexamen intérimaire mais avant la communication du rapport final aux parties)», par. 10.58.

⁶¹ Vedi, a tale proposito, l'art. 19, par. 1 dell'Intesa ai sensi del quale « Dans les cas où un groupe spécial ou l'Organe d'appel conclura qu'une mesure est incompatible avec un accord visé, il recommandera que le Membre concerné la rende conforme audit accord ».

⁶² Vedi in particolare l'art. 4.10 dell'accordo sulle sovvenzioni che stabilisce che « Dans le cas où il ne sera pas donné suite à la recommandation de l'ORD dans le délai spécifié par le groupe spécial, qui courra à compter de la date à laquelle le rapport du groupe spécial ou le rapport de l'Organe d'appel aura été adopté, l'ORD accordera au Membre plaignant l'autorisation de prendre des contre-mesures appropriées (corsivo aggiunto) ».

Sezione II

Il fatto illecito, i ricorsi senza infrazione ed i *situation complaints*

Questa sezione è dedicata ai ricorsi senza infrazione ed ai cosiddetti *situation complaints*. Tenuto conto della peculiarità di questi due istituti, in primo luogo, saranno esaminate le loro caratteristiche alla luce degli accordi OMC e della prassi giurisprudenziale. Una volta identificati gli elementi salienti di questi due reclami, si cercherà di valutare se sia possibile ricondurre la responsabilità derivante da “misure lecite” o da “situazioni” a quella prevista dal diritto internazionale per fatto illecito o se invece sia preferibile ricorrere ad altre categorie, quali la responsabilità per fatto lecito o per negligenza. Quest’operazione mira non solo a “sistematizzare”, alla luce del diritto internazionale, le diverse forme di responsabilità previste dall’ordinamento OMC, ma anche ad offrire, come vedremo, parametri importanti per chiarire la sfera di applicazione e la *ratio* di ciascun’azione.

2.1 Caratteristiche generali dei ricorsi senza infrazione e dei *situation complaints*

In base all’art. XXIII del GATT’94, cui fa rinvio il par. 1 dell’art. 3 dell’Intesa, le parti contraenti possono attivare i meccanismi di soluzione delle controversie predisposti dall’OMC in tutti i casi in cui i vantaggi per essi risultanti da uno o più accordi contemplati siano compromessi, non solo da comportamenti illeciti, ma anche da misure lecite (ricorsi senza infrazione) o dall’esistenza di una qualsiasi altra situazione (secondo l’espressione anglosassone *situation complaints*).

Tenuto conto del ruolo marginale che i ricorsi senza infrazione ed i *situation complaints* hanno avuto nella prassi del GATT’47, alcuni autori avevano suggerito di eliminarli⁶³. Nel corso dei negoziati dell’Uruguay Round quest’opzione è stata scartata. Al tempo stesso, è stato ritenuto opportuno differenziarli rispetto ai reclami aventi per oggetto un comportamento illecito, introducendo delle regole *ad hoc* sul piano procedurale e limitando la loro sfera di applicazione materiale.

Le differenze principali esistenti sul piano procedurale fra un ricorso senza infrazione ed un ricorso ordinario avente per oggetto un’infrazione vertono sull’onere della prova e sulle conseguenze derivanti dall’accertamento dell’esistenza di un pregiudizio

⁶³ Vedi P. PESCATORE, *The GATT Dispute Settlement Mechanism. Its Present Situation and its Prospects*, in *Journal of World Trade*, 1993, pp. 5-20.

commerciale. In particolare, nel quadro dei ricorsi senza infrazione, la vittima deve dimostrare che il comportamento della parte convenuta annulla o pregiudica i vantaggi derivanti dall'appartenenza all'Organizzazione, a differenza di un ricorso per infrazione in cui l'annullamento o il pregiudizio dei benefici è presupposto. In secondo luogo, qualora la misura contestata nel quadro di un ricorso senza infrazione risulti annullare o pregiudicare i benefici commerciali spettanti alla parte ricorrente, lo Stato responsabile non avrà l'obbligo di modificarla o ritirarla, ma solo quello di avviare negoziati per trovare una soluzione reciprocamente soddisfacente⁶⁴.

Per quanto riguarda i *situation complaints*, le differenze procedurali sono ancora più accentuate. I meccanismi previsti dall'Intesa, in effetti, si applicano solo fino a quando il rapporto adottato dal panel è distribuito fra i membri dell'Organo di soluzione delle controversie. L'esame del rapporto e la sua adozione sono invece disciplinati dalle regole relative alla soluzione delle controversie vigenti prima dell'entrata in vigore dell'OMC⁶⁵. Questa soluzione, che comporta la persistenza della regola del *consensus* positivo per le deliberazioni dell'Organo di soluzione delle controversie, si giustifica se si tiene conto del fatto che le controversie aventi per oggetto una "situazione" riguardano soprattutto «profondi mutamenti o gravi crisi dell'economia internazionale o di un singolo Paese di

⁶⁴ Vedi l'art. 26.1 dell'Intesa ai sensi del quale: «a) la partie plaignante présentera une justification détaillée à l'appui de toute plainte concernant une mesure qui n'est pas contraire à l'accord visé en l'espèce; b) dans les cas où il a été constaté qu'une mesure annule ou compromet des avantages résultant de l'accord visé en l'espèce ou entrave la réalisation des objectifs dudit accord, sans qu'il y ait violation de celui-ci, il n'y a pas obligation de la retirer. Toutefois, dans ces cas, le groupe spécial ou l'Organe d'appel recommandera que le Membre concerné procède à un ajustement mutuellement satisfaisant; c) nonobstant les dispositions de l'article 21, l'arbitrage prévu au paragraphe 3 de l'article 21 pourra, à la demande de l'une ou l'autre des parties, inclure une détermination du niveau des avantages qui ont été annulés ou compromis, et des suggestions concernant les moyens d'arriver à un ajustement mutuellement satisfaisant; ces suggestions ne seront pas contraignantes pour les parties au différend; d) nonobstant les dispositions du paragraphe 1 de l'article 22, la compensation pourra faire partie de l'ajustement mutuellement satisfaisant qui réglera définitivement le différend».

⁶⁵ Vedi l'art. 26.2 dell'Intesa, ai sensi del quale « Lorsque les dispositions du paragraphe 1 c) de l'article XXIII du GATT de 1994 seront applicables à un accord visé, un groupe spécial ne pourra statuer ni faire de recommandations que dans les cas où une partie considérera qu'un avantage résultant pour elle directement ou indirectement de l'accord visé en l'espèce se trouve annulé ou compromis, ou que la réalisation de l'un des objectifs dudit accord est entravée du fait qu'il existe une situation autre que celles auxquelles les dispositions du paragraphe 1 a) et b) de l'article XXIII du GATT de 1994 sont applicables. Dans les cas et dans la mesure où cette partie considérera, et où un groupe spécial déterminera, que la question est visée par le présent paragraphe, les procédures énoncées dans le présent mémorandum d'accord s'appliqueront uniquement jusqu'au point de la procédure où le rapport du groupe spécial a été distribué aux Membres inclusivement. Les règles et procédures de règlement des différends énoncées dans la Décision du 12 avril 1989 (IBDD, S36/64-70) s'appliqueront à l'examen du rapport en vue de son adoption, à la surveillance et à la mise en oeuvre des recommandations et décisions.

Les dispositions ci-après seront aussi d'application: a) la partie plaignante présentera une justification détaillée à l'appui de tout argument avancé au sujet de questions visées dans le présent paragraphe; b) dans une affaire concernant des questions visées par le présent paragraphe, si un groupe spécial constate que l'affaire fait aussi intervenir des questions de règlement des différends autres que celles qui sont visées par le présent paragraphe, il distribuera un rapport sur ces questions à l'ORD et un rapport distinct sur les questions relevant du présent paragraphe ».

portata tale da determinare uno squilibrio di ampie dimensioni nelle relazioni economiche fra due o più Stati»⁶⁶. Esse pertanto «da un lato, sfuggono ad una precisa distinzione fra parte lesa e parte responsabile, dall'altro, non sono facilmente circoscrivibili in un ambito di rapporti meramente bilaterali»⁶⁷.

Dal punto di vista della sfera di applicazione *ratione materiae*, l'accordo TRIPs esclude la possibilità di promuovere ricorsi senza infrazione e *situation complaints* fino al 1° gennaio 2000⁶⁸. Il par. 3 dell'art. 64 dell'accordo TRIPs, inoltre, prevede che :

«Pendant la période visée au paragraphe 2, le Conseil des ADPIC examinera la portée et les modalités pour les plaintes du type de celles qui sont prévues aux alinéas 1 b) et 1 c) de l'article XXIII du GATT de 1994 formulées au titre du présent accord et présentera ses recommandations à la Conférence ministérielle pour adoption. Toute décision de la Conférence ministérielle d'approuver lesdites recommandations ou de prolonger la période visée au paragraphe 2 ne sera prise que par consensus, et les recommandations approuvées prendront effet pour tous les Membres sans autre processus d'acceptation formel».

Alla luce di tale disposizione, non è chiaro se, una volta trascorsi i primi cinque anni di vita dell'OMC, i ricorsi senza infrazione e i *situation complaints* siano automaticamente "riabilitati" oppure se sia necessaria una decisione da parte della Conferenza ministeriale che ne specifichi portata e modalità.⁶⁹ Finora nessuna raccomandazione al riguardo è stata adottata, né i panel o l'Organo d'appello sono stati investiti di controversie aventi per oggetto l'annullamento o il pregiudizio di benefici derivanti dal TRIPs. Estendere la possibilità di promuovere ricorsi senza infrazione e *situation complaints* al TRIPs non è un'operazione semplice dal momento che lo scopo di quest'accordo consiste nel garantire il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale e non la protezione dei benefici commerciali

⁶⁶ P.PICONE e A.LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, cit., p. 587

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ Vedi l'art. 64(2) dell'accordo TRIPs ai sensi del quale «Les alinéas 1 b) et 1 c) de l'article XXIII du GATT de 1994 ne s'appliqueront pas au règlement des différends dans le cadre du présent accord pendant une période de cinq ans à compter de la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC»

⁶⁹ Alcuni autori ritengono che l'adozione di una decisione da parte della Conferenza ministeriale non sia necessaria per estendere la sfera di applicazione dei ricorsi senza infrazione all'accordo TRIPs (vedi in particolare T.COTTIER e K.N.SCHEFER, *Non-Violation Complaints in WTO/GATT Dispute Settlement: Past, Present and Future*, in E.-U. PETERSMANN (edited by) *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, Kluwer Law International, 1997, p. 156); altri, invece, esprimono delle perplessità al riguardo (vedi G.WILLIAMS, *Non-Violation Complaints in the WTO System*, in P.MENGOZZI (a cura di), *International Trade Law on the 50th Anniversary of the Multilateral Trade System*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 40.

connessi a tale tutela⁷⁰. Risulta quindi difficile comprendere, in assenza di norme che disciplinano interessi economici direttamente imputabili alle parti contraenti, quale contenuto può assumere in questo contesto un reclamo avente per oggetto l'annullamento o il pregiudizio dei benefici derivanti dalla partecipazione a tale accordo. Altrettanto complessa è l'individuazione dei rimedi disponibili. In effetti, l'accordo TRIPS, a differenza degli accordi GATT e GATS, non si fonda su liste di concessioni o d'impegni scomponibili in fasci di obblighi bilaterali. Esso prevede una disciplina uniforme per la tutela dei diritti di proprietà intellettuale che le parti contraenti non possono modificare unilateralmente. Parte lesa e parte responsabile, quindi, non possono avvalersi del rimedio previsto dal par. 1 dell'art. 26 e raggiungere un accordo reciprocamente soddisfacente tramite la negoziazione degli obblighi precedentemente assunti.

L'accordo GATS, a sua volta, esclude la possibilità di promuovere, nell'ambito della sua sfera di applicazione, ricorsi aventi per oggetto "situazioni" e prevede un regime giuridico a sé stante per quanto concerne i ricorsi senza infrazione. In particolare, il par. 3 dell'art. XXIII dell'accordo, conferisce alla parte lesa il diritto di avviare negoziati per trovare una soluzione reciprocamente soddisfacente e, nell'ipotesi in cui quest'ultimi falliscano, il diritto di sospendere concessioni, previa autorizzazione dell'Organo di soluzione delle controversie⁷¹.

⁷⁰ Come sottolinea Frieder Roessler «the main purpose of the TRIPS Agreement is to ensure that authors, designers, performers, inventors, etc. are accorded the exclusive right to prohibit or to authorize the use of their works. (...) There was no common understanding among the negotiators that this Agreement creates a legitimate expectation of benefits that go beyond the effective protection of intellectual property rights. There was in particular no common understanding that the Agreement is also intended to protect the *commercial exploitation* of intellectual property rights. Thus, the authors that are nationals of a WTO member can legitimately expect that their books will not be illicitly copied within the jurisdictions of any other WTO member; the TRIPS Agreement, however, gives them no assurance that they can actually sell their books in those jurisdictions. In the legal system of the WTO, market access benefits accrue under the GATT, not under the TRIPS Agreement. If a WTO member considers that an unexpected change in intellectual property rights protection impairs a negotiated market access concession, the complaint would therefore have to be brought under the GATT or the GATS, not the TRIPS Agreement », vedi F. ROESSLER, *The Concept of Nullification and Impairment in the Legal System of the World Trade Organization*, in E.-U. PETERSMANN (edited by) *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, cit., p. 136.

⁷¹ Vedi il par. 3 dell'art. XXIII GATS ai sensi del quale «Si un Membre considère qu'un avantage dont il aurait raisonnablement pu s'attendre à bénéficier conformément à un engagement spécifique contracté par un autre Membre au titre de la Partie III du présent accord se trouve annulé ou compromis du fait de l'application d'une mesure qui ne contrevient pas aux dispositions du présent accord, ledit Membre pourra recourir au Mémorandum d'accord sur le règlement des différends. Si l'ORD détermine que la mesure a annulé ou compromis un tel avantage, le Membre affecté aura droit à une compensation mutuellement satisfaisante, sur la base du paragraphe 2 de l'article XXI, qui pourra inclure la modification ou le retrait de la mesure. Dans les cas où les Membres concernés ne pourront pas arriver à un accord, l'article 22 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends sera d'application».

L'ambito di potenziale operatività dei ricorsi senza infrazione nel quadro del GATS è peraltro ulteriormente circoscritto dall'art. VI:5 dell'accordo, ai sensi del quale «dans les secteurs où un Membre aura contracté des engagements spécifiques en attendant l'entrée en vigueur des disciplines élaborées dans ces secteurs conformément au paragraphe 4, ledit Membre n'appliquera pas de prescriptions en matière de licences et de qualifications ni de normes techniques qui annulent ou compromettent ces engagements spécifiques, d'une manière (...) à laquelle on n'aurait raisonnablement pas pu s'attendre de la part de ce Membre au moment où les engagements spécifiques dans ces secteurs ont été pris». In altri termini, la previsione di una disposizione che vieta espressamente l'adozione di determinate misure che annullano o pregiudicano gli impegni sottoscritti dalle parti contraenti, trasforma tali atti in veri e propri illeciti facendo venir meno la necessità di promuovere un ricorso senza infrazione⁷². Dal punto di vista della definizione dell'oggetto dei ricorsi, l'art. XXIII dell'accordo GATS, a differenza dell'Intesa, riserva la nozione di annullamento e pregiudizio dei benefici ai soli reclami privi d'infrazione⁷³ e circoscrive l'ambito dei vantaggi passibili di protezione a quelli *ragionevolmente attendibili* alla luce degli impegni assunti dalle parti contraenti in base alla parte III dell'accordo.

Infine, eccezioni rispetto al regime generale previsto dall'Intesa sono previste anche in alcuni accordi dell'allegato 1:A dell'accordo istitutivo dell'OMC. In particolare, l'accordo antidumping e l'accordo sul valore in dogana utilizzano la nozione di annullamento e pregiudizio dei benefici senza introdurre alcuna distinzione fra ricorsi con infrazione o senza infrazione⁷⁴, mentre l'accordo sulle sovvenzioni pubbliche e le misure compensative, pur contemplando due ricorsi distinti per i sussidi vietati e non vietati, prevede un regime di rimedi simile⁷⁵.

⁷² Vedi F.ROESSLER, *The Concept of Nullification and Impairment in the Legal System of the World Trade Organization*, cit., p. 135.

⁷³ I ricorsi aventi per oggetto un'infrazione sono disciplinati al par. 1 dell'art. XIII ai sensi del quale «Au cas où un Membre considérerait que tout autre Membre ne remplit pas les obligations ou engagements spécifiques qu'il a contractés au titre du présent accord, ledit Membre pourra, en vue d'arriver à un règlement mutuellement satisfaisant de la question, recourir au Mémorandum d'accord sur le règlement des différends».

⁷⁴ Vedi l'art. 17 dell'accordo Antidumping e l'art. 19 dell'accordo sull'attuazione dell'art. VII dell'accordo GATT'94.

⁷⁵ In entrambi i casi, i rimedi disponibili sono la rimozione del sussidio che ha prodotto un danno alla parte ricorrente e se questo non è possibile, l'adozione di contromisure proporzionali al danno subito. La differenza principale fra i due corsi d'azione è di carattere istituzionale. In effetti nel caso di danni prodotti dall'erogazione di sussidi vietati, a pronunciarsi sarà un panel, mentre nell'ipotesi di sussidi non vietati, il Comitato responsabile dell'osservanza dell'accordo. Vedi l'art. 7 e 9 dell'accordo. È importante ricordare che l'accordo sulle sovvenzioni pubbliche e le misure compensative, come l'accordo GATS, non prevede la possibilità di promuovere ricorsi aventi per oggetto una situazione.

Finora, nessun rapporto avente per oggetto una misura lecita od una situazione è stato adottato dall'Organo di soluzione delle controversie dell'OMC⁷⁶, fatta eccezione per i casi *Japon - Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs*⁷⁷ e *Corée - Mesures affectant les marchés publics*⁷⁸. In entrambe le controversie, gli Stati Uniti, in qualità di parte attrice, hanno fatto valere non solo la violazione degli accordi GATT (*Japon - Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs*) e AMP (*Corée - Mesures affectant les marchés publics*), ma anche il pregiudizio causato dall'adozione di misure di per sé compatibili con gli strumenti pattizi invocati. Per quanto concerne il secondo aspetto, il panel, nel caso *Japon - Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs*, agganciandosi alla prassi in materia di ricorsi senza infrazione del GATT'47, ha identificato tre elementi, che la parte attrice deve accertare per invocare utilmente l'art.XXIII:b) del GATT'94 e quindi, *mutatis mutandis*, l'art. 26.1 dell'Intesa: l'applicazione di una misura da parte di un membro dell'OMC, l'esistenza di vantaggio derivante dall'accordo e l'annullamento o riduzione di questo vantaggio a causa dell'applicazione della misura contestata⁷⁹. Il primo elemento può consistere in una misura governativa giuridicamente vincolante, in direttive amministrative aventi un effetto equivalente a misure imperative, in misure imputabili al governo che non sono né formalmente né materialmente vincolanti, ma che incidono sul comportamento dei privati in modo tale da alterare l'equilibrio dei vantaggi concordati⁸⁰ oppure in omissioni⁸¹.

⁷⁶ Nel quadro del GATT'47, sono stati adottati 14 rapporti aventi per oggetto una misura statale che non costituiva un'infrazione (*Cuban import restrictions on textiles*, *Australian subsidy on ammonium sulphate*, *Treatment by Germany of imports of sardines*, *German import duties on starch*, *Uruguayan recourse to article XXIII*, *French Import Restrictions*, *Article XXIV:6 renegotiations between Canada and the EEC*, *EEC: production aids granted on canned fruits and dried grapes*, *EEC tariff treatment on imports of citrus products from certain countries in the Mediterranean region*, *Japan: nullification or impairment of the benefits accruing to the EEC under the General Agreement and impediment to the attainment of GATT objectives*, *United States trade measures affecting Nicaragua*, *Japan: trade in semi-conductors*, *EEC: payments and subsidies paid to processors and producers of oilseeds and related animal-feed proteins*, *USA: restrictions on the importation of sugar and sugar-containing products applied under the 1955 Waiver*, citati ed illustrati in E.-U. PETERSMANN, *The GATT/WTO Dispute Settlement System. International Law, International Organizations and Dispute Settlement*, Kluwer Law International, London-Boston, 1997, pp. 150-169) e nessuno avente per oggetto una situazione.

⁷⁷ Rapporto del panel, *Japon - Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs*, WT/DS44/R, adottato il 31 marzo 1998.

⁷⁸ Rapporto del panel, *Corée - Mesures affectant les marchés publics*, WT/DS163/R, adottato il 1° maggio 2000.

⁷⁹ Rapporto del panel, *Japon - Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs*, cit., par. 10. 41.

⁸⁰ Vedi il par. 10.49 in cui il panel afferma che «une politique ou une action d'un gouvernement n'a pas nécessairement besoin d'être substantiellement contraignante ou obligatoire pour qu'il y ait de grandes chances de voir les acteurs privés s'y conformer d'une manière propre à annuler ou compromettre des

Per quanto riguarda la seconda condizione, il panel, facendo sempre riferimento alla prassi relativa al GATT⁴⁷⁸², ha identificato i vantaggi derivanti dall'accordo invocato con le *aspettative legittime* di aumento delle opportunità di accesso al mercato conseguenti alle concessioni tariffarie pertinenti⁸³, specificando che «pour qu'une attente soit légitime, il faut que les mesures contestées n'aient pas pu être *raisonnablement* prévues au moment où la concession tarifaire a été négociée (corsivo aggiunto) »⁸⁴. Il requisito della ragionevolezza, costituisce una garanzia di legittimità, dal momento che contribuisce ad *oggettivare* le aspettative delle parti contraenti. Resta comunque il problema di chiarire quando una previsione possa essere considerata ragionevole. Il panel, a tale proposito, si è limitato a sottolineare che quest'attributo deve essere appurato caso per caso⁸⁵.

Incertezze interpretative sono sorte nel passato e successivamente nel caso *Corée - Mesures affectant les marchés publics* prima menzionato, anche per quanto concerne l'identificazione della fonte dei benefici invocabili. Quasi tutti i panel hanno focalizzato l'attenzione sui vantaggi derivanti delle concessioni tariffarie incluse nelle liste allegate all'accordo GATT⁸⁶. La dottrina non ha comunque escluso la possibilità che le parti contraenti si avvalgano dell'art. XXIII:b GATT così come dell'art. 26:1 per tutelare più in generale i benefici derivanti da una qualunque disposizione degli accordi OMC⁸⁷. Il

avantages légitimement escomptés dans le cadre de l'article XXIII:1 b). De fait, il est évident que des actions non contraignantes, y compris des incitations ou des désincitations suffisantes pour que des parties privées agissent d'une manière particulière, peuvent potentiellement exercer des effets défavorables sur les conditions de la concurrence pour l'accès au marché»

⁸¹ Vedi il rapporto del panel *Droits appliqués par l'Allemagne à l'importation d'amidon et de fécule de pommes de terre*, IBDD, 3S/77 (1955)

⁸² Vedi, ad esempio, *Les subventions australiennes aux importations de sulfate d'ammonium*, rapporto adottato il 3 aprile 1950, IBDD, II/204; *Allemagne - Sardines*, rapporto adottato il 31 ottobre 1952, IBDD, S1/56; rapporto del panel *Recours de l'Uruguay*, adottato il 16 novembre 1962, IBDD, S11/98; *CE - Agrumes*, documento del GATT L/5776, datato il 7 febbraio 1985 (non adottato); *CEE - Fruits en boîte*, documento del GATT L/5778, datato il 20 febbraio 1985 (non adottato); *Japon - Semi-conducteurs*, adottato il 4 maggio 1988, IBDD, S35/126; *CEE - Oléagineux*, rapporto adottato il 25 gennaio 1990, IBDD, S37/91; *Etats-Unis - Dérogation de 1955*, rapporto adottato il 7 novembre 1990, IBDD, S37/245.

⁸³ Le aspettative legittime possono essere rilevanti non solo per accertare l'elemento oggettivo del fatto generatore di responsabilità (la misura contestata elude le aspettative legittime di un migliore accesso al mercato), ma anche per verificare se la parte lesa sia legittimata ad invocare la responsabilità (la misura impugnata non poteva essere ragionevolmente prevista dalla parte attrice quando le aspettative sono insorte). Vedi, a tale proposito, A.I.L.CHUA, *Reasonable Expectations and Non-Violation Complaints in GATT/WTO Jurisprudence*, in *Journal of World Trade*, 1998, p. 39.

⁸⁴ Vedi Rapporto del panel, *Japon - Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs*, cit., par. 10.76

⁸⁵ *Ibidem*, par. 10.79

⁸⁶ L'unica eccezione è rappresentata dal caso *CE - Agrumes* in cui il panel ha dichiarato che i benefici commerciali che gli Stati Uniti potevano ragionevolmente attendere dalla partecipazione all'accordo GATT erano compromessi dal trattamento tariffario preferenziale riservato dalla CE ad alcuni paesi mediterranei per quanto riguarda l'importazione di agrumi, nonostante la CE non avesse fatto nessuna concessione tariffaria relativa a questi prodotti. Vedi *CE - Agrumes*, cit., par. 4-37.

⁸⁷ Vedi F.ROESSLER, *The Concept of Nullification and Impairment in the Legal System of the World Trade Organization*, cit., p. 141.

panel, nel caso *Corée - Mesures affectant les marchés publics*, ha accolto un'interpretazione ancora più lata di questa prima condizione, estendendo la sfera dell'applicazione dei ricorsi senza infrazione ai benefici derivanti non solo dagli accordi, ma addirittura dai negoziati che li hanno preceduti⁸⁸.

Ancora più complesso risulta l'accertamento di un nesso di causalità fra misura contestata e pregiudizio commerciale. L'art. XIII:b) dell'accordo GATT, cui fa rinvio l'art. 26.1 dell'Intesa, stabilisce che il vantaggio risultante dall'accordo deve essere annullato o compromesso «*du fait (...) qu'une partie contractante applique une mesure (corsivo aggiunto)*». Nonostante il significato letterale dei termini utilizzati, nonché l'analisi dei negoziati che hanno condotto alla redazione di tale disposizione inducano a privilegiare un'interpretazione restrittiva del nesso di causalità, per cui la misura contestata deve costituire la causa necessaria del danno⁸⁹, il panel, nel rapporto *Japon - Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs*, ha accolto una lettura molto meno stringente di questa condizione. Esso, in effetti, ha considerato sufficiente verificare che la misura controversa avesse contribuito in modo superiore alla soglia minima a produrre il pregiudizio lamentato⁹⁰. Inoltre, non ha escluso *a priori* la possibilità di prendere in esame, oltre agli effetti prodotti, le intenzioni in base alle quali gli atti oggetto del reclamo sono stati adottati. Esse, pur non essendo determinanti per stabilire l'esistenza di un nesso di causalità, possono offrire delle indicazioni utili. In altri termini, il panel, da un lato, ha escluso la possibilità di configurare la colpa come un elemento costitutivo della responsabilità ex art. XXIII:b).

⁸⁸ Vedi il Rapporto del panel, *Corée - Mesures affectant les marchés publics*, cit., par. 7.101.

⁸⁹ Vedi, in tal senso, J.P. Durling e S.N. Lester, secondo i quali «the precise treaty language "as the result of" emerged only after rejection of various alternatives. The ITO negotiations began their drafting based on the text of the Suggested Charter: "has the effect of nullifying or impairing." This language remained constant during the London conference, but in Geneva the Australian delegation proposed a number of changes, including the following new language: "is being nullified or impaired ...as the result of." The Geneva and Havana drafts modified this phrase to read "as a result of," but the final GATT text returned to the original Australian proposal. (...) The drafters were trying to create a narrower and more precise formulation of the proper causation standard. The new text requires that the nullification or impairment must flow directly and concretely from the challenged government measure. Moreover, the text requires the measure to be "the" cause, not merely "a" cause», J.P.DURLING e S.N.LESTER, *Original Meanings and the Film Dispute: the Drafting History, Textual Evolution, and Application of the Non-Violation Nullification or Impairment Remedy*, in *George Washington Journal of International Law and Economics*, vol. 32, 1999, p.250 e p. 265.

⁹⁰ Rapporto del panel, *Japon - Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs*, cit., par. 10.84.

Dall'altro, ha considerato la dimensione dell'intenzionalità utile per chiarire il legame esistente fra misura contestata e danno⁹¹.

Dopo aver esaminato le caratteristiche salienti dei ricorsi senza infrazione aventi per oggetto una misura od una situazione, alla luce delle disposizioni pertinenti degli accordi OMC, nonché della prassi giurisprudenziale esistente, è possibile interrogarsi sul significato che tali requisiti assumono dal punto di vista del diritto internazionale della responsabilità.

2.2 Annullamento e pregiudizio dei benefici derivanti dalla partecipazione all'OMC in assenza d'infrazione e responsabilità internazionale per fatto illecito

Tenuto conto che la responsabilità derivante da una misura o da una situazione è incentrata sull'esistenza di un pregiudizio, anziché sulla presenza di un'infrazione, non è facile, a prima vista, inquadrarla attraverso le categorie concettuali proprie della responsabilità internazionale per fatto illecito. In effetti, in base al testo di codificazione della Commissione di diritto internazionale, la responsabilità internazionale per fatto illecito sorge solamente in presenza di una violazione. Il danno, a sua volta, non è annoverato fra gli elementi costitutivi dell'illecito⁹² ed è preso in considerazione soltanto per definire la portata delle conseguenze derivanti dall'infrazione⁹³.

In realtà, con la formula "annullamento e pregiudizio dei benefici", cui l'art. XXIII del GATT fa riferimento, i redattori del trattato hanno voluto tutelare le *opportunità* di accesso ai mercati derivanti dalla riduzione delle barriere doganali previste dall'accordo e non i *flussi* commerciali ad esse connessi⁹⁴. L'inserimento di questa particolare clausola

⁹¹ Vedi il par. 10.87 in cui il panel rileva che «l'article XXIII: 1b) ne prescrit pas de preuve de l'intention d'annuler ou de compromettre des avantages chez un gouvernement qui adopte une mesure. Ce qui compte aux fins de l'établissement d'un lien de causalité est l'incidence d'une mesure, c'est-à-dire de savoir si elle bouleverse ou non les rapports de concurrence. Néanmoins, l'intention peut ne pas être indifférente. A notre avis, s'il est établi qu'une mesure qui se présente en apparence comme neutre quant à l'origine dans son effet sur les produits d'origine nationale et les produits d'importation répond néanmoins à l'intention de restreindre les importations, nous serons sans doute plus enclins à constater une relation de cause à effet dans certains cas, étant entendu que l'intention n'est pas déterminante là où elle existe effectivement. Il reste à la partie plaignante à établir que la mesure particulière qu'elle conteste annule ou compromet effectivement des avantages au sens de l'article XXIII: 1 b)».

⁹² Ai sensi dell'art. 2 del testo di codificazione «Il y a fait internationalement illicite de l'État lorsqu'un comportement consistant en une action ou une omission: a) Est attribuable à l'État en vertu du droit international; et b) Constitue une violation d'une obligation internationale de l'État».

⁹³ Ai sensi dell'art. 31 del testo di codificazione: «L'État responsable est tenu de réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite. Le préjudice comprend tout dommage, tant matériel que moral, résultant du fait internationalement illicite de l'État».

⁹⁴ Tale clausola, originariamente, era stata inclusa in una serie di accordi commerciali bilaterali conclusi dagli Stati Uniti, dal Canada, e da alcuni paesi europei, nel corso degli anni trenta, al fine di evitare che le

nell'accordo GATT, quindi, rispondeva soprattutto all'esigenza di evitare che misure diverse da quelle espressamente proibite dal trattato vanificassero gli impegni commerciali assunti dalle parti contraenti. Il timore era giustificato, se si tiene conto che, all'epoca dei negoziati del GATT'47, molti settori che potevano incidere indirettamente sulla libera circolazione delle merci erano disciplinati solo parzialmente. Non a caso, quasi tutti i ricorsi senza infrazione promossi in base al GATT'47, hanno riguardato l'erogazione di aiuti nazionali in favore di prodotti oggetto di concessioni doganali⁹⁵. In effetti, in assenza di regole che chiarissero in modo puntuale diritti ed obblighi delle parti contraenti in quest'ambito⁹⁶, l'unico strumento che lo stato leso aveva a disposizione per scongiurare gli

opportunità commerciali derivanti dalla riduzione delle tariffe doganali potessero essere vanificate da forme di protezionismo indiretto. In seguito, gli Stati Uniti, proposero d'inserire una disposizione analoga nel capitolo dedicato alla politica commerciale del futuro accordo istitutivo dell'Organizzazione internazionale del commercio. La proposta fu accolta e nonostante il progetto d'istituzione dell'Organizzazione non vide mai luce, il riferimento relativo all'annullamento e pregiudizio dei benefici commerciali fu fatto salvo e ripreso nell'art. XXIII del testo finale dell'accordo GATT. Per un esame articolato dell'origine storica della formula "annullamento e pregiudizio dei benefici", vedi J.P.DURLING e S.N.LESTER, *Original Meanings and the Film Dispute: the Drafting History, Textual Evolution, and Application of the Non-Violation Nullification or Impairment Remedy*, cit., p. 216-240. Il valore che l'inserimento di tale formula nell'art. XIII rivestiva per le parti contraenti è bene illustrato anche nel rapporto CEE-Oléagineux: «[Elles] procédaient de l'idée que les possibilités de concurrence accrues que l'on pouvait légitimement attendre d'une concession tarifaire risquaient d'être compromises non seulement par des mesures interdites par l'Accord général, mais aussi par des mesures compatibles avec celui-ci. Afin d'encourager les parties contractantes à accorder des concessions tarifaires, il fallait donc leur donner un droit à réparation pour le cas où une concession réciproque serait compromise par une autre partie contractante à la suite de l'application d'une mesure quelconque, contrevenant ou non à l'Accord général», CEE - Oléagineux, rapporto adottato il 25 gennaio 1990, IBDD, S37/91, 135, par. 144.

⁹⁵ Le uniche due eccezioni riguardano, il caso CEE-Agrumes, cit., illustrato *supra* alla nota 86, e il caso Japan -- Nullification and Impairment of Benefits and Impediment to the Attainment of GATT Objectives, L/5479, C/M/167, in cui la Comunità promosse un ricorso senza infrazione facendo genericamente leva sul persistente disequilibrio commerciale esistente fra il mercato giapponese e il mercato comunitario.

⁹⁶ Originariamente il GATT'47 non prevedeva alcun limite sostanziale per quanto concerne l'uso di sovvenzioni. L'art. XVI si limitava a stabilire solo alcuni obblighi di carattere procedurale (ai sensi dell'art. XVI: «Si une partie contractante accorde ou maintient une subvention, y compris toute forme de soutien des revenus ou des prix, qui a directement ou indirectement pour effet d'accroître les exportations d'un produit du territoire de ladite partie contractante ou de réduire les importations de ce produit sur son territoire, cette partie contractante fera connaître par écrit aux PARTIES CONTRACTANTES l'importance et la nature de cette subvention, les effets qu'il est permis d'en escompter sur les quantités du ou des produits en question importés ou exportés par elle et les circonstances qui rendent la subvention nécessaire. Dans tous les cas où il sera établi qu'une telle subvention cause ou menace de causer un préjudice grave aux intérêts d'une autre partie contractante, la partie contractante qui l'accorde examinera, lorsqu'elle y sera invitée, avec l'autre partie contractante ou les autres parties contractantes intéressées ou avec les PARTIES CONTRACTANTES, la possibilité de limiter la subvention»). Dopo il 1958, venne introdotto il divieto di erogare sovvenzioni alle esportazioni di *prodotti manifatturieri* che avessero come conseguenza la vendita di tali prodotti ad un prezzo inferiore a quello interno (le sovvenzioni all'esportazione di un *prodotto di base* erano in genere consentite a condizione di non far ottenere «plus qu'une part équitable du commerce mondial d'exportation dudit produit, compte tenu des parts détenues par les parties contractantes dans le commerce de ce produit pendant une période représentative antérieure ainsi que de tous facteurs spéciaux qui peuvent avoir affecté ou qui peuvent affecter le commerce en question») e nel 1979 venne adottato un Codice sulle sovvenzioni e misure compensative. I divieti previsti erano comunque *condizionali*, ovvero intervenivano solo nei confronti di misure di per sé lecite, qualora quest'ultime producessero un pregiudizio serio a danno delle altre parti contraenti. Solo con l'istituzione dell'OMC e l'adozione

effetti negativi in termini di accesso al mercato arrecati da tali misure era rappresentato dall'art. XXIII: 1 b).

Il pregiudizio diventa quindi un sostituto dell'infrazione laddove non sia tecnicamente o politicamente agevole definire un quadro esplicito di diritti ed obblighi. Esso non è assimilabile al concetto di danno utilizzato nel quadro del diritto internazionale della responsabilità dal momento che la *ratio* non consiste nel riparare le conseguenze materiali o morali prodotte da un dato comportamento, quanto piuttosto nel supplire alle potenziali carenze normative dell'ordinamento commerciale. La responsabilità derivante da una misura lecita, ex art. XXIII:b), è quindi assimilabile a quella che sorge da una violazione, poiché ambedue sono funzionali a garantire il rispetto del principio di legalità, una legalità non più intesa soltanto in senso statico, come mera osservanza del dettato normativo, ma anche in senso dinamico, come realizzazione degli obiettivi del trattato. L'elemento oggettivo del fatto generatore di responsabilità in entrambi i casi sarà un fatto illecito, ma l'illiceità assumerà una portata che va al di là della mera non conformità con il testo della norma fino a tener conto dei comportamenti che vanificano l'attuazione degli scopi dell'accordo.

Delineare il contenuto dei comportamenti che ostacolano la realizzazione dei fini dell'OMC, peraltro, non è un'operazione semplice. La prassi del GATT'47 offre delle indicazioni importanti al riguardo. Come è stato sottolineato nel paragrafo precedente, la nozione di annullamento o pregiudizio dei benefici derivanti dalla partecipazione all'accordo, ha assunto il più delle volte il significato circoscritto di lesione delle *aspettative legittime* di aumento delle opportunità di accesso al mercato conseguenti alle *concessioni tariffarie concordate*. In altri termini, due fattori contribuiscono a ridurre notevolmente la portata delle attese *tutelabili*. In primo luogo, esse devono essere legittime, ovvero, come indicato nel paragrafo precedente, *ragionevoli*. Il criterio della ragionevolezza, anche se continua a presentare un margine di aleatorietà, riduce notevolmente l'incidenza delle percezioni soggettive della parte lesa e della parte responsabile ai fini della rilevazione dell'illiceità. In secondo luogo, le aspettative possono maturare solo in relazione all'apertura del mercato prodotta dalle concessioni doganali, ovvero in relazione a benefici reciproci materialmente identificabili.

dell'accordo sulle sovvenzioni e misure compensative sono stati introdotti dei divieti assoluti che sanzionano misure di sostegno pubblico a prescindere dagli effetti concretamente prodotti.

Nonostante la prassi del GATT'47 contribuisca a circoscrivere notevolmente la sfera di applicazione dei ricorsi senza infrazione, alcuni autori hanno manifestato perplessità sull'opportunità di mantenere quest'istituto nel quadro dell'OMC, facendo leva sull'incertezza giuridica che possono provocare all'interno dell'ordinamento⁹⁷. Il rischio d'instabilità è dovuto, in parte, al fatto che spesso le parti contraenti hanno invocato l'annullamento o pregiudizio dei benefici come argomento ausiliario nell'ipotesi in cui il ricorso avente per oggetto un'infrazione non avesse un esito positivo⁹⁸. Di qui la difficoltà d'individuare una linea di confine netta fra ricorsi aventi per oggetto la violazione di una norma e ricorsi aventi per oggetto la violazione delle aspettative derivanti da essa. In secondo luogo, in assenza di una codificazione, negli accordi OMC, dell'interpretazione restrittiva di annullamento e pregiudizio dei benefici, desumibile dalla prassi del GATT'47, è possibile che questa formula, di per sé, vaga si presti a letture diverse, in grado di destabilizzare l'equilibrio di diritti ed obblighi concordati dalle parti contraenti. Quest'ipotesi è verosimile se si tiene conto che gran parte delle lacune giuridiche esistenti nel quadro del GATT'47 che mettevano a repentaglio il rispetto degli impegni commerciali assunti, sono state colmate attraverso la previsione di accordi specifici, allegati al trattato istitutivo dell'OMC. L'esigenza di ricorrere all'art. XXIII:b) per contrastare, come avveniva in passato, tutte quelle pratiche statali di per sé "lecite" aventi come effetto l'alterazione del livello di concessioni concordato viene quindi notevolmente circoscritta, grazie all'esistenza di norme che disciplinano espressamente queste forme di protezionismo indiretto.

Il rischio che la nozione di "annullamento e pregiudizio dei benefici" assuma in futuro un significato diverso da quello invalso nel passato, non deriva solamente dalla circostanza che i settori in cui originariamente veniva utilizzata sono stati regolamentati, ma anche dal fatto che, con l'istituzione dell'OMC, tale clausola è stata estesa ad una serie di accordi in cui difficilmente la lesione delle aspettative legittime può essere ricondotta, anche solo indirettamente, ad un insieme di benefici attesi, concretamente identificabili⁹⁹. Una parte della dottrina teme in particolar modo che le parti contraenti si avvalgano della

⁹⁷ Vedi in particolare, SUNG-JOON CHO, *GATT Non-Violation Issues in the WTO Framework: Are They the Achilles' Heel of the Dispute Settlement Process?*, in *Harvard International Law Journal*, vol. 39, 1998, p. 311-352.

⁹⁸ Questo è quanto avvenuto, ad esempio, nei due ricorsi *Japon - Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs*, cit., e *Corée - Mesures affectant les marchés publics*, cit., promossi dagli Stati Uniti nel quadro OMC.

⁹⁹ Si veda a tale proposito le considerazioni formulate nel paragrafo precedente sui problemi derivanti dall'estensione della possibilità di promuovere ricorsi senza infrazione e *situation complaints* nel quadro dell'accordo TRIPs.

clausola “annullamento o pregiudizio dei benefici” per risolvere controversie che esorbitano dalle competenze dei panel e dell’Organo d’appello, in quanto non riconducibili al rispetto del principio di legalità¹⁰⁰. Già nel quadro del GATT’47, sono stati talvolta promossi ricorsi in cui il nesso fra norma invocata e pregiudizio subito era estremamente tenue¹⁰¹. In questi casi, la legittimità del meccanismo di soluzione delle controversie non è comunque stata incrinata o perché il panel ha dichiarato il ricorso irricevibile o perché il rapporto del panel non è stato approvato dalle parti contraenti. L’impatto destabilizzante di queste azioni aventi un contenuto più politico che giuridico è stato quindi circoscritto grazie alla flessibilità del sistema di soluzione delle controversie che contraddistingueva il GATT’47. Questa flessibilità è stata notevolmente ridimensionata con l’istituzione dell’OMC. In particolare, l’adozione quasi automatica dei rapporti dei panel da parte dell’Organo di soluzione delle controversie e l’istituzione di un Organo di appello permanente ha contribuito a “giurisdizionalizzare” il meccanismo di soluzione delle controversie rendendolo molto più rigido di prima. In questo nuovo contesto, la mancata approvazione di un rapporto diventa un’ipotesi più unica che rara e la scelta da parte dei panel o dell’Organo di appello di non pronunciarsi su una questione incide negativamente sulla loro credibilità.

Al fine di evitare che l’efficacia del meccanismo di soluzione delle controversie sia compromessa da un uso distorto da parte dei membri dell’OMC dei ricorsi senza infrazione, Cho suggerisce alcuni rimedi¹⁰². In primo luogo, sarebbe auspicabile che i panel e l’Organo di appello interpretassero in modo estensivo la portata degli obblighi OMC, in modo tale da «violationize» condotte formalmente compatibili con il testo della norma. Un secondo rimedio potrebbe consistere nell’espandere la sfera degli obblighi sostanziali, al fine da trasformare in infrazioni *prima facie* comportamenti attualmente neutrali¹⁰³.

Entrambe le soluzioni avanzate riflettono l’esigenza d’incanalare, attraverso l’interpretazione delle norme esistenti oppure tramite la produzione di nuove regole, le

¹⁰⁰ SUNG-JOON CHO, *GATT Non-Violation Issues in the WTO Framework: Are They the Achilles' Heel of the Dispute Settlement Process?*, cit., pp. 329-333.

¹⁰¹ Vedi il caso *CEE-Agrumes*, cit., illustrato *supra* alla nota 86 e il caso *Japan -- Nullification and Impairment of Benefits and Impediment to the Attainment of GATT Objectives*, cit., illustrato *supra* alla nota 95.

¹⁰² SUNG-JOON CHO, *GATT Non-Violation Issues in the WTO Framework: Are They the Achilles' Heel of the Dispute Settlement Process?*, cit., pp. 333-339.

¹⁰³ La portata degli obblighi che le parti contraenti sono tenute ad osservare potrebbe essere chiarita non solo tramite la conclusione di ulteriori accordi (*hard law*), ma anche tramite l’approvazione da parte dei membri OMC di dichiarazioni o raccomandazioni, che pur non essendo vincolanti, contribuiscono ad identificare, soprattutto in settori tecnici, standard di condotta ampiamente condivisi (*soft law*).

misure che causano l'“annullamento e pregiudizio dei benefici” nei binari delle infrazioni tradizionali.

Non tutta la dottrina condivide completamente tale impostazione. Altri autori, sottolineano, in effetti, l'opportunità di valorizzare la specificità di tale clausola al fine di fare salva una nozione di legalità più flessibile che comprenda non solo l'oggetto della norma, ma anche le aspettative soggettive che le parti hanno riposto nella regola al momento in cui hanno deciso di vincolarsi ad essa ¹⁰⁴. Secondo questa parte della dottrina, in effetti, la protezione delle *aspettative* dei destinatari della norma è importante, in quanto permette di stabilizzare le relazioni giuridiche fra i soggetti che hanno stipulato il contratto o l'accordo in cui la regola è inserita.

Tale esigenza non sempre è stata tutelata nel diritto internazionale generale¹⁰⁵. In particolare, quando i redattori del GATT'47 concepirono la formula “annullamento e pregiudizio dei benefici” il diritto internazionale era dominato dal positivismo volontarista¹⁰⁶, che, considerando legittimo qualunque comportamento che non fosse espressamente proibito¹⁰⁷, non permetteva d'integrare il dettato normativo, tenendo conto di criteri metaguridici quali l'equità. In questo contesto giuridico, l'unico modo per tutelare le aspettative legittime derivanti dalla conclusione di un accordo, consisteva nel prevedere nello stesso strumento pattizio rimedi *ad hoc* per misure formalmente lecite che ledessero le attese delle parti contraenti. Di qui, la scelta da parte della parti contraenti d'inserire nel GATT'47 l'art. XXIII: b). I ricorsi senza infrazione, perciò, consentirono di garantire il rispetto delle aspettative legittime, quando ancora il diritto internazionale generale non offriva alcuna forma di tutela fondata sull'equità.

Dal momento in cui il GATT'47 è stato negoziato ad oggi, il panorama del diritto internazionale generale è mutato. L'equità ha fatto ingresso nell'ordinamento internazionale generale tramite l'affermazione dei principi di buona fede e di protezione delle aspettative legittime, nonché delle corrispondenti sottocategorie, quali il principio *pacta sunt servanda*, l'istituto dell'*estoppel* e la dottrina dell'abuso di diritto.

¹⁰⁴ Vedi, in particolare, T.COTTIER e K.N.SCHEFER, *Non-Violation Complaints in WTO/GATT Dispute Settlement: Past, Present and Future*, cit., p. 145-183 e, degli stessi autori, *Good Faith and the Protection of Legitimate Expectations in the WTO*, in M.BRONCKERS (edited by), *New Directions in International Economic Law*, Kluwer, Boston, 2000, pp. 47-68.

¹⁰⁵ Per un'analisi approfondita dell'evoluzione del principio di buona fede nell'ordinamento internazionale vedi R.KOLB, *La bonne foi en droit international public. Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, Presses Universitaires de France, Paris, 2000, pp. 82-111.

¹⁰⁶ T.COTTIER e K.N.SCHEFER, *Non-Violation Complaints in WTO/GATT Dispute Settlement: Past, Present and Future*, cit., p. 166.

¹⁰⁷ Vedi la sentenza *Lotus*, n. 9, CPJI, 1927, Ser. A, n.10, par. 18-19.

Secondo Cottier, è possibile inquadrare tutti i ricorsi senza infrazione che sono stati promossi nel quadro del GATT'47 avvalendosi di queste categorie normative, ivi compresi i casi più complessi in cui il nesso fra comportamento contestato e norma invocata è a prima vista estremamente labile¹⁰⁸. I vantaggi derivanti dal ricorso al diritto internazionale generale per garantire il rispetto delle aspettative legittime nel quadro dell'OMC sono molteplici. In primo luogo, norme generalmente riconosciute, quali il principio *pacta sunt servanda*, offrono una base giuridica solida ai panel ed all'Organo di appello per giustificare un'interpretazione lata della portata delle norme OMC, tale da includere non solo gli obblighi prescritti, ma anche i fini perseguiti. In secondo luogo, i principi internazionali di buona fede e di protezione delle aspettative legittime sono suscettibili di essere applicati per interpretare la portata di obblighi non solo bilaterali, ma anche multilaterali. Essi, quindi, consentono di scavalcare le difficoltà interpretative derivanti dall'applicazione della nozione di annullamento e pregiudizio dei benefici ad accordi multilaterali, quale l'accordo TRIPs, privi di liste di concessioni o d'impegni bilaterali. Infine, l'ordinamento internazionale offre una pluralità di istituti finalizzati alla protezione delle aspettative legittime tale da mettere i panel e l'Organo di appello nelle condizioni di poter risolvere giuridicamente controversie che non sono suscettibili di essere imbrigliate all'interno delle categorie circoscritte previste dalla prassi GATT'47 in materia di ricorsi senza infrazione.

La possibilità che l'ordinamento internazionale possa colmare le lacune giuridiche dell'ordinamento OMC in quest'ambito è confermata dalla stessa giurisprudenza OMC. In particolare, nel caso *Corée - Mesures affectant les marchés publics* il panel, chiamato a risolvere una controversia non inquadrabile nelle categorie tradizionali delineate dalla prassi precedente in materia di ricorsi senza infrazione, non ha esitato ad invocare il principio internazionale di buona fede, per tutelare le aspettative derivanti, non solo dagli accordi, ma anche dai negoziati che li hanno preceduti. Il panel ha giustificato tale soluzione sottolineando che «l'article 3:2 du Mémorandum d'accord exige que nous cherchions, dans le contexte d'un différend particulier, à clarifier les dispositions existantes des Accords de l'OMC conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public. Cependant, le lien entre les Accords de l'OMC et le droit international coutumier est plus large que cela. Le droit international coutumier

¹⁰⁸ T.COTTIER e K.N.SCHEFER, *Non-Violation Complaints in WTO/GATT Dispute Settlement: Past, Present and Future*, cit., p. 171-178.

s'applique d'une façon générale aux relations économiques entre les Membres de l'OMC. Il s'applique dans la mesure où les Accords de l'OMC ne contiennent pas de clauses qui les excluent de son champ d'application. En d'autres termes, dans la mesure où il n'y a pas de conflit ni d'incompatibilité, ni d'expression dans un accord visé de l'OMC donnant à entendre qu'il en va autrement, nous estimons que les règles coutumières du droit international s'appliquent au traité de l'OMC et au processus d'élaboration des traités à l'OMC»¹⁰⁹.

Il principio internazionale di buona fede, quindi, è stato applicato dal panel, a titolo di fonte sussidiaria per integrare le lacune dell'ordinamento OMC. Al tempo stesso, questa norma è stata utilizzata dal panel per estendere la portata dei ricorsi senza infrazione e non per assimilare misure, configurabili *prima facie* come lecite, in violazioni. Tale soluzione non corrisponde ai principi di diritto internazionale in materia di responsabilità. In effetti, il rispetto del principio di buona fede, costituisce l'oggetto di un vero e proprio obbligo internazionale generale che, una volta violato, fa insorgere una responsabilità per fatto illecito il cui contenuto è del tutto analogo a quello previsto nell'ipotesi di un comportamento direttamente incompatibile con il dettato di una norma. Invocare il principio internazionale di buona fede per estendere la sfera di applicazione dei ricorsi senza infrazione significa, invece, privare le aspettative legittime di una tutela giuridica effettiva. In effetti, i rimedi previsti nei confronti di ricorsi senza infrazione sono più circoscritti rispetto a quelli stabiliti nell'ipotesi di accertamento di una violazione¹¹⁰. Al fine di evitare che le aspettative che le parti contraenti ripongono nei confronti delle norme OMC siano oggetto di una tutela parziale, sarebbe sufficiente applicare i rimedi previsti nell'ipotesi d'infrazione in tutti i casi in cui una parte contraente non ottemperi agli obblighi OMC in buona fede.

Se si assimila l'annullamento e pregiudizio dei benefici derivanti dalla partecipazione ad un accordo ad una violazione del principio di buona fede e si ricorre in tale contesto ai rimedi normalmente vigenti in caso d'infrazione, resta il problema di valutare quali comportamenti siano suscettibili di cadere nella sfera dei ricorsi senza infrazione. Secondo Cottier le cosiddette "*real non-violation complaints*" vertono su comportamenti posti in essere dalle parti contraenti che penalizzano gli interessi di imprese private. Al tempo steso, tenuto conto che, «there is no violation of the good faith protection of

¹⁰⁹ Rapporto del panel, *Corée - Mesures affectant les marchés publics*, cit., par. 7.96.

¹¹⁰ Vedi il paragrafo precedente.

legitimate expectations when the interests of private actors are not protected», ¹¹¹ tale autore auspica l'eliminazione di questo ricorso e la previsione di un unico sistema di rimedi volti a garantire il rispetto degli obblighi OMC, nonché le aspettative ad essi connesse.

E'interessante notare che sia Cho che Cottier, pur partendo da presupposti diversi, suggeriscono una *reductio ad unum* dei ricorsi previsti nel quadro dell'OMC.

Cho, da un lato, propone di limitare l'impatto destabilizzante dei ricorsi senza infrazione, attraverso una definizione più articolata, sul piano ermeneutico e normativo, degli obblighi a carico delle parti contraenti. In altri termini, suggerisce di assorbire i ricorsi senza infrazione nell'ambito dei ricorsi con infrazione tramite una "*violationization*" dei comportamenti attualmente non soggetti ad alcun divieto esplicito¹¹². Cottier, invece, propone d'interpretare in modo lato il concetto stesso d'infrazione in modo tale da includervi anche la violazione del principio internazionale di buona fede e delle corrispondenti sottocategorie normative.

La soluzione proposta da Cottier prende le mosse da un concetto di rispetto del principio di legalità più ampio di quello accolto da Cho, che comprende non solo la tutela dell'oggetto protetto dalla norma, ma anche delle aspettative riposte dai destinatari in essa. Un'interpretazione estensiva degli accordi OMC che valorizzi le aspettative delle parti contraenti è preferibile rispetto ad un'estensione ulteriore della sfera degli obblighi commerciali sostanziali. In effetti, essa garantisce il rispetto delle norme OMC senza ridurre eccessivamente il margine di libertà delle parti contraenti nella definizione delle modalità più appropriate per dare attuazione agli impegni assunti¹¹³.

¹¹¹T.COTTIER e K.N.SCHEFER, *Non-Violation Complaints in WTO/GATT Dispute Settlement: Past, Present and Future*, cit., p. 182.

¹¹² Cho privilegia un'interpretazione tradizionale della legalità che lo induce a esprimere delle riserve nei confronti di interpretazioni flessibili del concetto di annullamento e pregiudizio dei benefici ed a considerare la conclusione di accordi lo strumento più idoneo per colmare le lacune giuridiche senza compromettere il rispetto del principio di certezza del diritto: «Some might also wish to utilize non-violation complaints as "flexible" instruments to cover (...) loopholes. However, legal loopholes should be closed by legal instruments rather than by the ambiguous flexibility embedded in the notion of non-violation cases. Therefore, efforts should be exercised to fine-tune the current "violation" regime, by "violationizing" cases, reducing the use of non-violation complaints, and establishing more sophisticated substantive rules», SUNG-JOON CHO, *GATT Non-Violation Issues in the WTO Framework: Are They the Achilles' Heel of the Dispute Settlement Process?*, cit., p.351.

¹¹³A.I.L.CHUA, *Reasonable Expectations and Non-Violation Complaints in GATT/WTO Jurisprudence*, cit., p. 50.

Fermo restando che la soluzione di assimilare, ai fini dell'insorgenza della responsabilità, l'"annullamento e pregiudizio dei benefici" ad un fatto illecito causato dalla violazione del principio di buona fede è completamente condivisibile, resta il problema di chiarire come inquadrare, dal punto di vista del diritto internazionale della responsabilità, comportamenti o situazioni che non siano configurabili né come violazioni tradizionali degli obblighi OMC, né come lesioni delle aspettative delle parti contraenti.

2.3 I "veri" ricorsi senza infrazione e i situation complaints alla luce della responsabilità internazionale per negligenza e per fatto lecito

Come è stato messo in luce nel paragrafo precedente, la dottrina è quasi unanime nell'auspicare una *reductio ad unum* dei ricorsi attivabili nel quadro dell'OMC. Tale proposta è motivata soprattutto dal fatto che le azioni, omissioni o situazioni che non sono assimilabili a fatti illeciti tradizionali od a violazioni del principio di buona fede, sfuggono ad un inquadramento giuridico che consenta ai panel ed all'Organo di appello di risolvere la controversia in base a considerazioni di diritto.

Per valutare se tali diagnosi sia corretta, è importante prima di tutto cercare di chiarire quale contenuto potenziale possono assumere i "veri" ricorsi senza infrazione ed i *situation complaints*. Tenuto conto del loro carattere residuale e della loro formulazione generica, identificare in astratto categorie di atti, fatti o situazioni suscettibili di cadere nella loro sfera di applicazione non è un'operazione semplice. La dottrina, al fine di esemplificare la portata dei veri ricorsi senza infrazione e dei *situation complaints*, ha, il più delle volte, focalizzato l'attenzione sulle omissioni degli Stati in materia di concorrenza. Questa scelta è giustificata sulla base del fatto che tali comportamenti, da un lato, non costituiscono vere e proprie infrazioni (in effetti, non vi sono accordi nel quadro dell'OMC che stabiliscono obblighi positivi a carico delle parti contraenti in materia di concorrenza)¹¹⁴, dall'altro, non sono configurabili come violazioni del principio di buona fede, poiché ad essere lese sono le aspettative delle imprese private e

¹¹⁴ L'unica norma che stabilisce un obbligo a carico delle parti contraenti in materia di concorrenza è l'art. 11:3 dell'Accordo sulle misure di salvaguardia, ai sensi del quale « Les Membres n'encourageront ni ne soutiendront l'adoption ou le maintien en vigueur, par des entreprises publiques et privées, de mesures non gouvernementales équivalentes à celles qui sont visées au paragraphe 1 ». Come sottolinea Roessler, «if the terms encouragement or support are interpreted broadly to cover the non-application of existing anti-cartel legislation to a specific import cartel and the enforcement of private import cartel agreements through the domestic legal system, and if it is true that import cartels can function in practice only with governmental support, then this type of restrictions business practice could be addressed effectively through violation complaints», F. ROESSLER, *Should Principles of Competition Policy Be Incorporated into WTO Law, through Non-Violation Complaints?*, in *Journal of International Economic Law*, 1999, p. 421.

non delle parti contraenti. In effetti, anche se vi sono pratiche anticoncorrenziali capaci di alterare in modo sostanziale il valore commerciale di una concessione doganale, è difficile, secondo questi autori, dimostrare che la parte "lesa", al momento in cui aveva negoziato la concessione doganale, avrebbe potuto attendere *ragionevolmente* che la parte "responsabile" sarebbe intervenuta per prevenire tale evento¹¹⁵. Questa aspettativa risulta oggettivamente irragionevole se parte dal presupposto che lo Stato abbia l'*obbligo assoluto* di prevenire qualunque comportamento posto in essere da imprese private che alteri in modo sostanziale il valore commerciale delle concessioni doganali concordate. Resta, peraltro, da valutare se sia completamente irragionevole che le parti contraenti attendano che lo Stato faccia perlomeno uno *sforzo* per prevenire o reprimere queste condotte. In altri termini, si pone il problema di chiarire se non sia possibile inquadrare giuridicamente la responsabilità delle parti contraenti derivante dai comportamenti di imprese private attraverso l'istituto di diritto internazionale della cosiddetta "*due diligence*".

Come è noto, in base al diritto internazionale della responsabilità, «un État peut être responsable des effets du comportement d'entités privées s'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour prévenir ces effets»¹¹⁶. In altri termini, il diritto internazionale generale stabilisce a carico degli Stati, l'obbligo di agire con *due diligence* per prevenire o reprimere comportamenti posti in essere da persone fisiche o giuridiche soggette alla loro giurisdizione, che vanificano la realizzazione degli impegni internazionali assunti nei confronti di altri Stati. Lo standard di comportamento richiesto da tale obbligo di condotta¹¹⁷ è flessibile e varia in funzione del settore materiale in cui il concetto di

¹¹⁵Come sottolinea Roessler, «the views and national laws on restrictive business practices are diverse and in constant flux, and the range of policy changes that one must reasonably expect is correspondingly great» F. ROESSLER, *The Concept of Nullification and Impairment in the Legal System of the World Trade Organization*, cit., p. 140.

¹¹⁶Vedi il commento al Capitolo II del testo di codificazione sulla responsabilità internazionale degli Stati, p. 85. Purtroppo questo è l'unico riferimento alla responsabilità per negligenza previsto dal testo di codificazione. La mancanza, nel capitolo IV, di un articolo che disciplini appositamente l'istituto della "*due diligence*" non significa che esso non sia contemplato dall'ordinamento internazionale generale. Quest'assenza deve essere, al contrario, letta come una carenza del testo stesso di codificazione. Come sottolinea P.-M. Dupuy, «la volonté de simplification efficace propre au dernier rapporteur spécial lui a peut-être fait un peu perdre de vue l'utilité qu'il aurait pu y avoir, notamment, à faire référence aux «standards de comportement» que l'on est en droit d'attendre de ce qu'il est convenu d'appeler aujourd'hui une «bonne gouvernance», en fonction de l'évolution constante du corps des règles coutumières s'imposant à tous les Etats dans différentes branches du droit», P.-M. DUPUY, *Quarante ans de codification du droit de la responsabilité internationale des Etats. Un bilan*, in *Revue générale de droit international public*, cit., p. 310.

¹¹⁷Gli obblighi di condotta" impongono al destinatario di fare uno sforzo per ottenere un determinato scopo e si differenziano dagli "obblighi di risultato" dal momento che prescindono dall'esito che tale condotta

diligenza viene applicato. Questa flessibilità ha riflessi importanti sul regime di accertamento della responsabilità per negligenza. In particolare, la specificità del regime di responsabilità per violazione di obblighi di diligenza consiste in un «aggravamento dell'onere della prova dell'illecito a carico dello Stato vittima»¹¹⁸. Tale aggravamento è dovuto all'indeterminatezza del contenuto dell'obbligo di condotta che si presume violato. In effetti, nell'ipotesi in cui lo Stato leso dovrà provare l'avvenuta violazione di un obbligo di risultato sarà sufficiente dimostrare che lo scopo previsto non è stato raggiunto. Al contrario, qualora ad essere violato sia stato l'obbligo di diligenza, il compito dello Stato leso è molto più delicato. Il comportamento che lo Stato responsabile è tenuto ad osservare, infatti, non è determinato direttamente dalla norma internazionale che si presume violata, ma deve essere identificato dallo Stato leso utilizzando come parametro un modello di condotta astratto e generico. L'onere della prova risulta quindi aggravato dal fatto che lo Stato leso dovrà, non solo identificare il comportamento che produce concretamente la violazione, ma anche specificare il contenuto della condotta astrattamente richiesta dall'obbligo di diligenza.

È interessante notare che una delle peculiarità dei ricorsi disciplinati dall'art. 26.1 dell'Intesa riguarda proprio il regime dell'onere della prova. Come è stato sottolineato nel primo paragrafo di questa sezione, la parte contraente che decida di promuovere un ricorso ex. art. 26.1 deve presentare una giustificazione articolata in cui dimostra che la condotta osservata da una parte contraente pregiudica i benefici derivanti dalla partecipazione all'OMC. In altri termini, la vittima deve non solo individuare la condotta concretamente lesiva dei benefici, ma anche identificare il comportamento astratto che lo Stato "responsabile" avrebbe dovuto osservare per non vanificare i benefici attesi dall'attuazione delle norme OMC. Da questo punto di vista, i ricorsi disciplinati dall'art. 26.1 dell'Intesa si prestano ad essere utilizzati per far valere la responsabilità delle parti

potrà avere ai fini del raggiungimento dell'obiettivo prestabilito. Tale classificazione è stata concepita per tenere conto del carattere intrinsecamente aleatorio degli scopi di alcune obbligazioni, la cui realizzazione presuppone non solo uno sforzo particolare di diligenza del destinatario della norma, ma anche il gioco favorevole di certi fattori oggettivi di rischio. L'obbligo di diligenza dello Stato nei confronti dei comportamenti posti in essere da privati può essere configurato come un obbligo di condotta. L'alea, in questo caso, è dovuto allo scarto, in termini d'imputazione, fra l'ente Stato cui sono indirizzati gli obblighi internazionali e la condotta di soggetti privati. Ogniqualvolta il perseguimento di un obiettivo previsto da una norma internazionale rischia di essere vanificato dalla condotta di soggetti privati, lo Stato dovrà "sforzarsi", tramite i propri organi, di prevenire o reprimere questi comportamenti, ma non potrà garantire un controllo assoluto su tutte le persone fisiche e giuridiche soggette alla sua giurisdizione. Vedi R.PISILLO MAZZESCHI, *"Due Diligence" e responsabilità internazionale degli Stati*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 395.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 408.

contraenti derivante dalla mancata prevenzione o repressione di comportamenti posti in essere da imprese private e lesivi dei benefici commerciali derivanti dall'attuazione delle norme OMC. In effetti, spetterà alla vittima, non solo dimostrare che la mancata repressione dei comportamenti delle imprese private da parte dello Stato è lesiva dei benefici commerciali derivante dall'attuazione delle norme OMC, ma anche individuare la condotta che lo Stato avrebbe dovuto osservare nei confronti delle imprese soggette alla sua giurisdizione per garantire il livello di benefici atteso dall'attuazione delle norme OMC.

Le analogie fra ricorsi ex art. 26 e il regime internazionale di responsabilità per violazione dell'obbligo di diligenza però si esauriscono qui. In effetti, il diritto internazionale, non prevede un regime di responsabilità per negligenza distinto, in termini di contenuto, da quello previsto per un illecito ordinario di risultato. L'art. 26, invece, stabilisce una forma di responsabilità attenuata incentrata sulla riparazione del danno e subordinata al raggiungimento di un accordo fra Stato leso e Stato responsabile¹¹⁹.

Se uno Stato desidera far valere la responsabilità di una parte contraente per non aver prevenuto o represso pratiche delle imprese private soggette alla sua giurisdizione che vanificano la realizzazione degli obiettivi OMC, è preferibile quindi che promuova direttamente un ricorso ordinario avente per oggetto l'infrazione delle norme OMC per negligenza. Il principio di aggravamento dell'onere della prova, anche se estraneo ai ricorsi per infrazione, potrà essere dedotto a sua volta, dal regime di responsabilità riservato alla violazione dell'obbligo di "*due diligence*" previsto dal diritto internazionale generale.

La soluzione prospettata dalla dottrina di assimilare misure lecite che annullano o pregiudicano i benefici derivanti dagli accordi OMC a fatti illeciti è quindi estendibile anche alla mancata prevenzione o repressione, da parte delle parti contraenti, di pratiche commercialmente dannose poste in essere da imprese, operando un rinvio al principio di "*due diligence*" vigente nell'ordinamento internazionale generale.

Gli unici fatti che sfuggono ad un inquadramento giuridico che consenta di assimilarli ad un fatto illecito sono le "situazioni", ovvero eventi che non sono imputabili né

¹¹⁹ Vedi par. 2.1 di questo capitolo.

direttamente, né indirettamente (in virtù del principio di *due diligence*) alle parti contraenti.

La possibilità di promuovere ricorsi aventi per oggetto “situazioni” è stata originariamente prevista nel GATT’47 per far fronte alla mancata realizzazione dei benefici derivanti dall’attuazione delle norme OMC causata da fattori macroeconomici che prescindono dalle capacità di controllo e previsione delle parti contraenti.

La presenza di un nesso di causalità fra la situazione verificatasi sul territorio di una parte contraente e l’annullamento o pregiudizio dei benefici derivanti dagli accordi OMC, nonché l’assenza di collegamento, in termini d’imputazione, fra tale Stato e l’evento in questione, induce a configurare la responsabilità derivante da una “situazione” come una responsabilità per fatto lecito. La *ratio* di tale responsabilità consiste nello stabilire un’intensa solidarietà fra lo Stato “autore” del danno e lo Stato vittima in relazione ad eventi che non sono configurabili come illeciti, ma che sono dannosi. Questa forma di responsabilità, così improntata al solidarismo, è estranea al diritto internazionale generale, ma può essere oggetto di disciplina convenzionale¹²⁰.

L’art.26.2 dell’Intesa non offre molte indicazioni per quanto concerne l’identificazione dello Stato “leso” e dello Stato “responsabile” così come per quanto concerne il contenuto della responsabilità per eventi non imputabili alle parti contraenti. Esso prevede semplicemente che tali questioni siano esaminate da un panel e che il rapporto del panel sia approvato dall’Organo di soluzione delle controversie in base alla regola vigente nel quadro del GATT’47 del *consensus* positivo.

Molti autori hanno auspicato l’eliminazione della possibilità di promuovere un ricorso avente per oggetto una situazione vista la sua indeterminatezza e visto il fatto che le parti contraenti non si sono mai avvalse di tale istituto¹²¹. A nostro parere, sarebbe auspicabile mantenere in vita anche in futuro tale strumento, cercando però di precisare per via convenzionale le condizioni d’insorgenza della responsabilità derivante da “situazioni”, nonché il suo contenuto¹²². Una risposta multilaterale e solidale, in seno all’Organo di

¹²⁰ Si veda, in tal senso, P.-M. DUPUY, *La responsabilité internationale des Etats pour les dommages d’origine technologique et industrielle*, Pedone, Paris, 1976 e dello stesso autore, *L’Etat et la réparation des dommages catastrophiques*, in F.FRANCIONI e T.SCOVAZZI, *International Responsibility for Environmental Harm*, Graham e Trotman, London, Dordrecht, Boston, 1991, pp. 125-147.

¹²¹ F.ROESSLER, *The Concept of Nullification and Impairment in the Legal System of the World Trade Organization*, cit., p. 142 e E.-U. PETERSMANN, *The GATT/WTO Dispute Settlement System. International Law, International Organizations and Dispute Settlement*, cit., p. 174.

¹²² I principi recentemente redatti dalla Commissione di diritto internazionale in materia di responsabilità internazionale per danni transfrontalieri prodotti da attività pericolose potrebbero offrire delle coordinate giuridiche utili per chiarire circostanze e modalità di risarcimento danni ai sensi dell’art. 26.2 dell’Intesa. Vedi, il *Rapport du Group de travail sur la responsabilité internationale pour les conséquences*

soluzione delle controversie, agli squilibri economici che caratterizzano rapporti fra due o più paesi è, in effetti, preferibile rispetto a soluzioni di carattere unilaterale.

Concludendo questo capitolo, è possibile constatare che le norme dell'ordinamento internazionale generale possono costituire un importante sussidio per chiarire la portata dei ricorsi aventi per oggetto un'infrazione nel quadro dell'OMC e per assimilare ad un fatto illecito le misure oggetto di un ricorso senza infrazione.

Per quanto concerne il primo aspetto, il diritto internazionale generale può costituire una base giuridica utile per i panel e l'Organo d'appello per emanciparsi definitivamente dalla prassi del GATT'47 ed abbandonare definitivamente la distinzione imperativo/discrezionale per stabilire se un atto legislativo in quanto tale è in grado di produrre un illecito, così come può offrire dei parametri importanti per chiarire il rapporto temporale fra obbligo violato e fatto illecito e stabilire la durata temporale di quest'ultimo.

Per quanto riguarda il secondo aspetto, i principi generali di diritto internazionale di buona fede e di "*due diligence*" consentono di sottrarre al dominio incerto e parziale dei ricorsi senza infrazione, misure *prima facie* lecite, e di assimilarle a delle violazioni suscettibili di far insorgere una responsabilità per fatto illecito.

E' interessante notare che alcune fra le norme internazionali che possono contribuire a colmare le lacune dell'ordinamento OMC in materia d'identificazione dell'elemento oggettivo della responsabilità, presentano un grado notevole d'indeterminatezza per quanto concerne il contenuto.

Questa genericità potrebbe indurre ad esprimere delle riserve sull'opportunità che tali norme spieghino i loro effetti giuridici all'interno dell'OMC. In particolare, si potrebbe obiettare che il ricorso a *standard* internazionali vaghi quali la buona fede o la diligenza dovuta, sia incompatibile con la finalità dell'OMC, in quanto capace di alterare in modo sostanziale l'equilibrio dei diritti ed obblighi delle parti contraenti¹²³. In realtà, il carattere vago ed indeterminato di questi principi è relativo. Il loro merito è quello di

préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (Responsabilité internationale en cas de perte causée par un dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses), Doc. A/CN.4/L.661, 8 luglio 2004 e il *Projet de principes relatifs à la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activité dangereuses*, Doc. A/CN.4/L.662, 20 luglio 2004. Entrambi i documenti sono disponibili on line, presso il sito: www.un.org/law/ilc.

¹²³ Vedi, a tale proposito, il par. 2 dell'art. 3 dell'Intesa ai sensi del quale « Le système de règlement des différends de l'OMC est un élément essentiel pour assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral. Les Membres reconnaissent qu'il a pour objet de préserver les droits et les obligations résultant pour les Membres des accords visés ».

offrire soluzioni flessibili, capaci di essere adattate in funzione del contesto specifico in cui sono chiamate ad operare. La flessibilità non è certo incompatibile con il principio di certezza del diritto, laddove esista un giudice, un soggetto *super partes*, che possa esplicitare il contenuto potenziale di questi principi ed adeguarlo in funzione delle caratteristiche della controversia che è chiamato a risolvere. L'interazione fra ordinamento OMC ed ordinamento internazionale, da questo punto di vista, non è altro che da auspicare, dal momento che il sistema OMC, dotato di uno dei meccanismi giurisdizionali più sofisticati di quelli esistenti nel panorama attuale delle relazioni internazionali, permette di "sublimare" principi generali, che in assenza, di un giudice, rischiano di essere arbitrari.

CAPITOLO IV

IL CONTENUTO DELLA RESPONSABILITÀ NELL'ORDINAMENTO INTERNAZIONALE GENERALE E NELL'ORDINAMENTO OMC

L'epicentro dell'istituto della responsabilità corrisponde al suo contenuto. Le conseguenze giuridiche che scaturiscono dal fatto generatore, in effetti, più di altre componenti, contribuiscono a chiarire le funzioni che il regime di responsabilità è chiamato a svolgere in un determinato ordinamento.

Queste funzioni sono molteplici e variano a seconda del sistema giuridico di riferimento. Negli ordinamenti di *common law*, ad esempio, i rimedi derivanti da un fatto illecito possono svolgere una funzione correttiva oppure distributiva. I rimedi correttivi, quali la prestazione specifica o la riparazione del danno operano nei rapporti di diritto privato, mentre i rimedi distributivi, flessibili e *pro futuro*, contraddistinguono il contenuto della responsabilità di diritto pubblico¹. Gli ordinamenti di *civil law*, a loro volta, prevedono conseguenze giuridiche distinte in funzione della natura civile, penale od amministrativa del fatto illecito. Per quanto riguarda l'ordinamento internazionale generale, il contenuto della responsabilità risponde alla duplice esigenza di ripristinare la legalità e di riparare i danni materiali e morali causati dall'illecito.

Come è stato sottolineato nell'ultimo paragrafo del primo capitolo, la presenza di una componente riparatoria nel contenuto della responsabilità internazionale rende l'ordinamento OMC, in parte, impermeabile alle norme internazionali che disciplinano le conseguenze dell'illecito. Tale chiusura nei confronti dell'ordinamento internazionale si giustifica in virtù del fatto che la finalità di riparare il danno materiale o morale subito dalle singole parti contraenti è estranea all'ordinamento OMC.

Le norme internazionali che disciplinano il contenuto della responsabilità costituiscono così il banco di prova ideale per verificare l'attendibilità dell'interpretazione dei rapporti fra diritto OMC e diritto internazionale proposta nel primo capitolo. In effetti, gli autori che hanno assimilato il diritto dell'OMC ad una "fonte" dell'ordinamento internazionale, hanno considerato l'obbligo internazionale di riparazione idoneo a spiegare i propri effetti giuridici anche nei confronti delle violazioni di norme OMC. Essi hanno

¹ Come mette in luce Chi Carmody, «public law is above all concerned with the exercise of government power. In this highly discretionary milieu, the traditional remedies of private law, specific performance or a corrective measure of damages, were not always appropriate. For one, specific performance runs contrary to the sovereign power of a government to govern. (...). For another, damages assume a contractual matrix about the task of government that was often missing. (...). The foregoing developments have tended to promote the view of public law remedies as involving distributive, as opposed to corrective, justice», vedi C.CARMODY, *Remedies and Conformity under the WTO Agreement*, in *Journal of International Economic Law*, 2002, pp. 309-310.

giustificato tale soluzione sulla base del fatto che le norme degli accordi OMC non introducono deroghe a tale obbligo.

La tesi avanzata nel primo capitolo è diversa. In particolare, assimilando il diritto OMC ad un ordinamento particolare dell'ordinamento internazionale generale, non si ricorre, per chiarire i rapporti fra questi due sistemi giuridici, alle regole d'interazione fra fonti quali il principio di successione delle leggi nel tempo e il principio di specialità, ma al *principio di competenza*. In base a quest'ultimo, le norme dell'ordinamento internazionale possono essere applicate nell'OMC solo nella misura in cui siano funzionali a proteggere gli interessi per la tutela dei quali l'ordinamento OMC è stato costituito. Tenuto conto che l'OMC persegue una serie di finalità che trascendono gli interessi delle singole parti contraenti, la riparazione dei danni commerciali subiti da ciascuna di esse non è un rimedio pertinente per perseguire le finalità di fondo dell'ordinamento. Gli scopi dell'ordinamento OMC stesso, quindi, a prescindere dal contenuto delle sue singole norme, impediscono alle regole internazionali in materia di riparazione di spiegare i loro effetti giudici in questo sistema giuridico.

Per verificare la correttezza di quest'interpretazione, le norme internazionali che disciplinano le conseguenze derivanti da un fatto illecito previste dal testo di codificazione saranno esaminate e comparate con le corrispondenti regole desumibili dall'Intesa di soluzione delle controversie dell'OMC e dalla prassi dei panel e dell'Organo di appello.

Al fine di mettere in luce la diversa permeabilità dell'ordinamento OMC, in funzione della finalità perseguita dalle norme internazionali relative al contenuto della responsabilità, le conseguenze giuridiche derivanti da un fatto illecito saranno raggruppate in due sezioni distinte. La prima sezione sarà dedicata all'analisi dei rimedi riconducibili alla finalità del ripristino della legalità, mentre nella seconda saranno esaminati i rimedi funzionali alla riparazione dei danni materiali o morali².

² Le conseguenze derivanti dalla violazione grave di norme imperative di diritto internazionale disciplinate nel capitolo III della parte seconda del testo di codificazione non saranno oggetto di analisi dal momento che vertono su un'area del diritto internazionale, la tutela dei valori fondamentali della comunità internazionale, di pertinenza esclusiva dell'ordinamento internazionale generale. L'esame del ruolo sussidiario che le norme internazionali generali sulla responsabilità possono svolgere nel quadro dell'OMC, quindi, non può essere svolto in modo proficuo in quest'ambito, dal momento che la protezione dei valori fondamentali della Comunità internazionale esorbita dalla sfera di competenza di quest'ordinamento particolare.

Sezione I

Il ripristino della legalità

La cessazione dell'illecito costituisce la conseguenza tipica prevista dal diritto internazionale generale, avente come finalità la restaurazione della relazione giuridica compromessa dal fatto illecito. Essa è affiancata, nel testo di codificazione dalla non ripetizione che riafferma *pro futuro* l'obbligo di esecuzione della norma violata. Ambedue, tenuto conto di tali caratteristiche, sono esaminate in questa sezione.

Il ripristino della legalità è garantito anche da altri due rimedi, la *restitutio in integrum* e la soddisfazione. Entrambi possono contribuire a ripristinare l'ordine giuridico esistente prima che avvenisse l'illecito. Al tempo stesso, entrambi sono ricondotti, nel testo di codificazione, all'obbligo di riparazione. Di qui la scelta di riservare la loro trattazione alla seconda sezione.

1.1 L'obbligo di cessazione del fatto illecito per violazione di una norma internazionale e per violazione di una norma OMC

Ai sensi dell'art. 30 del testo di codificazione, «l'État responsable du fait internationalement illicite a l'obligation d'y mettre fin si ce fait continue». Come si sottolinea nel commento all'art. 30, «la cessation a pour fonction de mettre fin à une violation du droit international et de préserver la validité et l'efficacité de la règle primaire sous-jacente»³.

Tenuto conto della stretta correlazione fra obbligo di osservare la norma primaria ed obbligo di porre fine alla sua violazione, il relatore speciale Arangio Ruiz si era originariamente interrogato sull'opportunità di annoverare la cessazione fra le conseguenze derivanti dall'illecito. In particolare, non condivideva la scelta del precedente relatore speciale Riphagen d'includere la cessazione nel medesimo articolo dedicato alle modalità di riparazione⁴. A suo parere questa scelta redazionale induceva a

³ Commento all'art. 30, p. 235.

⁴ Vedi l'art. 6 della parte seconda del progetto di articoli sul contenuto, forme e gradi della responsabilità internazionale ai sensi del quale «The injured State may require the State which has committed an internationally wrongful act to: a) discontinue the act, release and return the persons and objects held through such act, and prevent continuing effects of such act; and (b) apply such remedies as are provided for in its internal law; and (c) subject to article 7, re-establish the situation as it existed before the act; and (d) provide appropriate guarantees against repetition of the act», Doc. A/CN.4/389, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1985, vol. II, Part one, p. 8.

considerare erroneamente la cessazione un elemento della restituzione⁵. La soluzione proposta dal relatore non consisteva tanto nell'estromettere l'obbligo di cessazione dalle norme relative al contenuto sulla responsabilità, ma piuttosto nell'accogliere una nozione lata delle conseguenze derivanti dall'illecito, in modo tale da includervi anche quelle non strettamente riconducibili alla funzione di riparazione⁶.

La Commissione di diritto internazionale ha seguito tale approccio ed ha giustificato la scelta d'inserire la cessazione nella parte seconda dedicata al contenuto della responsabilità facendo leva sul fatto che quest'obbligo, come tutti quelli codificati nella seconda parte del testo di codificazione, nasce a seguito di una violazione. L'obbligo di cessazione, quindi, anche se assimilabile, in termini di contenuto, all'obbligo primario violato, presenta peculiarità strettamente connesse al fatto di sorgere a seguito di una violazione, che meritano di essere disciplinate nel quadro delle regole secondarie che disciplinano le conseguenze di un illecito⁷.

Per soddisfare poi l'esigenza di valorizzare l'autonomia e specificità dell'obbligo di cessazione rispetto all'obbligo di riparazione, la Commissione di diritto internazionale, non solo ha riservato a tale istituto un articolo a sé stante, ma lo ha anche differenziato

⁵ Secondo Arangio-Ruiz «cessation differs from those other remedies in that, unlike them, it pertains to the wrongful act itself rather than to legal consequences. In that sense, obviously, cessation is not one of the forms of reparation as generally understood; nor is it part of the content of international responsibility or of substantive legal consequences of the wrongful act (as usually, and rightly, narrowly understood). Cessation is indeed to be ascribed-as an obligation and as a remedy to violation of international law-not to the operation of the "secondary" rule coming into play as an effect of the occurrence of the wrongful act but to the continued, normal operation of the "primary" rule of which the previous wrongful conduct constitutes a violation » (*Preliminary Report on State Responsibility by Mr. Gaetano Arangio-Ruiz, Special Rapporteur, A/CN.4/416 AND Add.1, in Yearbook of International Law Commission, 1988, vol. II, Part one, p. 13*).

⁶ Come sottolinea il relatore speciale Arangio-Ruiz, «to the extent to which the practical usefulness of a rule on cessation is recognizable, the inclusion of such a rule in the draft articles should not be excluded by such considerations of a theoretical nature as might arise from the fact that an obligation of cessation does not "belong" to the legal consequences of a wrongful act strictly understood or to the normative sphere of the secondary rule or rules governing responsibility or liability. After all, the very distinction between primary and secondary rules (...) is a relative one. It follows that a rule on cessation could well be conceived as a provision situated, so to speak "in between" the primary rules and the secondary rules. With regard to the former, it would operate in the sense of concretising the primary obligation, the infringement of which by the wrongdoing State is in progress. With regard to the secondary rules, it would operate in the sense of affecting (...) the quality and quantity of reparation itself and the modalities and conditions of the measures to which the injured State or States (...) may resort in order to secure reparation or inflict punishment», *Preliminary Report on State Responsibility by Mr. Gaetano Arangio-Ruiz, Special Rapporteur, cit.*, p. 20.

⁷ In particolare, la sfera di applicazione temporale dell'obbligo di cessazione è diversa da quella relativa al dovere di esecuzione della norma primaria. La prima, in effetti, si estende per la durata del fatto illecito continuato o ripetuto (come si sottolinea nel commento all'art. 30, «l'obligation de mettre fin à un comportement illicite naît le plus couramment dans le cas d'un fait illicite continu, mais l'art. 30 englobe également les situations dans lesquelles un Etat a violé une obligation à plusieurs occasions, ce qui implique un risque de répétition. La formule «si ce fait continue » (...) vise à couvrir les deux situations», *ibidem*, p. 234). La seconda invece si estende per tutta la durata della vigenza della norma primaria, a prescindere dal fatto che quest'ultima sia stata o meno violata.

rispetto alla restituzione, ovvero la forma di riparazione alla quale è stato spesso assimilato⁸, sottolineando che «à la différence de la restitution, la cessation n'est pas soumise aux limitations imposées par le critère de la proportionnalité. Elle peut donner lieu à une obligation continue alors même que le retour *au statu quo ante* est exclu ou n'est réalisable que de manière approximative»⁹.

Il carattere incondizionato dell'obbligo di cessazione riguarda oltre la sua esecuzione, anche la sua invocazione. In effetti, a differenza dall'obbligo di restituzione, lo Stato responsabile ha il dovere assoluto di terminare l'infrazione a prescindere da qualunque reclamo da parte dello Stato leso¹⁰.

Infine, per delimitare l'obbligo di cessazione da quello di restituzione, resta la difficoltà di chiarire il confine fra illecito continuato e illecito cessato che ha prodotto conseguenze che si protraggono nel tempo. Il testo di codificazione purtroppo non offre indicazioni al riguardo e la prassi presenta notevoli ambiguità sull'argomento¹¹.

Nel complesso, è possibile constatare che l'obbligo di cessazione ha assunto il rango di rimedio autonomo nel diritto internazionale della responsabilità e che, grazie al suo

⁸ La confusione fra questi due istituti si è manifestata soprattutto in presenza di illeciti in materia di trattamento degli stranieri. In effetti, il risultato richiesto dalla norma primaria violata, ovvero la restaurazione della situazione materiale della vittima spesso si confondeva con il ripristino dello *status quo ante*.

⁹ Commento all'art. 30, p. 235.

¹⁰ «L'obligation de cessation qui incombe à l'Etat responsable sert ainsi à protéger aussi bien l'intérêt de l'Etat ou des Etats lésés que l'intérêt de la communauté internationale dans son ensemble à préserver l'état de droit et à s'appuyer sur lui», *ibidem*, p. 235.

¹¹ La difficoltà a stabilire un confine netto fra obbligo di cessazione ed obbligo di restituzione è ben illustrata dalla recente sentenza della Corte internazionale di giustizia, *Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)* del 14 febbraio 2002. Nel caso di specie, la Repubblica democratica del Congo ha richiesto al Belgio di annullare un mandato di arresto emesso nei confronti del proprio ex ministro degli affari esteri, in violazione del diritto internazionale generale, al fine di restaurare la situazione che sarebbe esistita se l'illecito non fosse mai stato commesso. La Corte internazionale di giustizia ha dichiarato la condotta del Belgio illecita ed è giunta alla conclusione che il rimedio richiesto dalla Repubblica del Congo, ovvero l'annullamento del mandato di arresto era appropriato, senza chiarire se il Belgio avesse il dovere di eliminare tale misura a titolo di cessazione o di restaurazione. Da un lato, in effetti, la Corte ha citato la sentenza relativa al caso *Usine de Chorzow* ed ha sottolineato che «dans le cas d'espèce, le rétablissement de «l'état qui aurait vraisemblablement existé si [l'acte illicite] n'avait pas été commis» ne saurait résulter simplement de la constatation par la Cour du caractère illicite du mandat d'arrêt au regard du droit international», configurando l'annullamento del mandato di arresto come una forma di esecuzione dell'obbligo di restituzione. Dall'altro, ha ribadito che «la Belgique doit, par les moyens de son choix, mettre à néant le mandat en question» constatando che «le mandat subsiste et demeure illicite nonobstant le fait que M. Yerodia a cessé d'être ministre des affaires étrangères», ovvero facendo leva sul carattere continuato della violazione e il conseguente obbligo di cessazione (vedi sentenza *Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, *cit.*, par. 76). Sulle difficoltà derivanti dalla delimitazione della portata dell'obbligo di cessazione e l'assenza d'indicazioni nel testo di codificazione che consentissero di risolvere in modo più lineare tale controversia, vedi D.BODANSKY, J.R.CROOK e D.SHELTON, *Righting Wrongs: Reparations in the Articles on State Responsibility*, in *American Journal of International Law*, 2002, pp. 840-841.

carattere assoluto ed incondizionato, ha conosciuto un'applicazione, nel contenzioso internazionale, ancora più generale dell'obbligo di riparazione.

Per quanto riguarda l'ordinamento OMC, nessuna disposizione dell'accordo istitutivo, dell'Intesa di soluzione delle controversie o degli accordi materiali allegati, stabilisce a carico delle parti contraenti un obbligo esplicito di porre fine alla violazione di una norma dell'ordinamento. Al tempo stesso l'art. 19.1 dell'Intesa di soluzione delle controversie prevede che «dans les cas où un groupe spécial ou l'Organe d'appel conclura qu'une mesure est incompatible avec un accord visé, il recommandera que le Membre concerné la rende conforme audit accord»¹².

Questa disposizione è stata formulata in modo ambiguo e dedurre da essa l'esistenza di un obbligo di cessazione dell'illecito a carico delle parti contraenti non è un'operazione semplice.

In primo luogo, si pone il problema di chiarire la portata vaga del verbo "rendere conforme", al fine di stabilire se la cessazione dell'illecito sia compresa nell'oggetto della raccomandazione. In secondo luogo, è necessario valutare se la raccomandazione sia configurabile come uno strumento vincolante che produce veri e propri obblighi giuridici a carico delle parti contraenti.

Per quanto riguarda il primo aspetto, il termine "rendere conforme" è stato scelto al fine di garantire la massima flessibilità ai membri nella scelta della condotta più opportuna per ottemperare agli obblighi derivanti dalla partecipazione all'OMC¹³. Al tempo stesso, tale espressione non offre alle parti contraenti uno spettro di possibilità infinito. La discrezionalità di cui esse godono, in effetti, è limitata dall'esigenza di attivarsi in qualche modo¹⁴ per eseguire le norme OMC in buona fede.

Nell'ipotesi in cui un panel o l'Organo d'appello, quindi, attestino che una misura è incompatibile con gli accordi OMC e tale misura continui a produrre effetti giuridici quando il rapporto di uno dei due organi è adottato, l'osservanza degli obblighi OMC in buona fede comporta, *per lo meno*, l'interruzione della misura dichiarata illecita¹⁵.

¹² Articolo 19, paragrafo 1 dell'Intesa di soluzione delle controversie.

¹³ Anche la scelta del verbo "raccomandare", anziché "ordinare" riflette la volontà dei redattori dell'Intesa di valorizzare l'autonomia delle parti contraenti per quanto concerne l'individuazione delle misure volte a dare esecuzione al rapporto adottato dall'Organo di soluzione delle controversie; vedi in tal senso C. CARMODY, *Remedies and Conformity under the WTO Agreement*, cit., p. 316.

¹⁴ Come osserva Petros C. Mavroidis, «it would be erroneous to state that the system would not suffer at all from a complete absence of recommendations. A recommendation is synonymous with the idea that something must be done, that a public pronouncement by the competent multilateral adjudicating body that an illegality has been committed is simply not enough», P.C.MAVROIDIS, *Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place*, in *European Journal of International Law*, 2000, p. 783.

¹⁵ *Ibidem*, p. 784.

Più delicato è il problema di chiarire se lo strumento che contiene la richiesta alle parti contraenti di conformarsi alle norme OMC e quindi di cessare l'illecito abbia una natura vincolante.

A tale proposito, è importante tenere conto del fatto che la raccomandazione di ritirare la misura dichiarata incompatibile è inclusa nel rapporto del panel o dell'Organo di appello. Di conseguenza, il valore giuridico della raccomandazione corrisponderà a quello riservato ai rapporti del panel o dell'Organo di appello, dopo che sono stati adottati, sotto forma di decisione, dall'Organo di soluzione delle controversie.

Purtroppo l'Intesa, a differenza della Carta delle Nazioni Unite o dello Statuto della Corte internazionale di giustizia¹⁶, non contiene alcuna indicazione esplicita sugli effetti giuridici delle decisioni dell'Organo di soluzione delle controversie.

La stessa prassi giurisprudenziale si è soffermata sul valore che i rapporti adottati possono avere, in termini di orientamento, nei confronti dei panel e dell'Organo di appello, senza chiarire se producano effetti giuridici vincolanti nei confronti delle parti contraenti¹⁷.

Le posizioni della dottrina sono divergenti su quest'argomento. Alcuni autori, in effetti, ritengono che le parti contraenti abbiano l'obbligo di eseguire le decisioni dell'Organo di soluzione delle controversie e deducono tale dovere dalle disposizioni previste dall'Intesa. In particolare, Petros Mavroidis, facendo leva sull'art. 23 (2)¹⁸, sostiene che « WTO members agreed to assign compulsory third party adjudication to resolve their

¹⁶ Vedi l'art. 94 della Carta delle Nazioni Unite, ai sensi del quale «chaque Membre des Nations Unies s'engage à se conformer à la décision de la Cour de Justice dans tout litige auquel il est partie» e l'art. 59 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia, ai sensi del quale « la décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé (corsivo aggiunto) ».

¹⁷ In particolare, l'Organo di appello, nel caso *Japon-Taxes sur les boissons alcooliques*, ha sottolineato che « Les rapports de groupes spéciaux adoptés sont une partie importante de l'"acquis" du GATT. Ils sont souvent examinés par les groupes spéciaux établis ultérieurement. Ils suscitent chez les Membres de l'OMC des attentes légitimes et devraient donc être pris en compte lorsqu'ils ont un rapport avec un autre différend. Mais ils n'ont aucune force obligatoire, sauf pour ce qui est du règlement du différend entre les parties en cause », vedi rapporto dell'Organo di appello, *Japon-Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adottato il primo Novembre 1996, p.17.

¹⁸ Ai sensi dell'art. 23 (2): « les Membres: a) ne détermineront pas qu'il y a eu violation, que des avantages ont été annulés ou compromis ou que la réalisation d'un objectif des accords visés a été entravée si ce n'est en recourant au règlement des différends conformément aux règles et procédures du présent mémorandum d'accord, et établiront toute détermination de ce genre au regard des constatations contenues dans le rapport du groupe spécial ou de l'Organe d'appel adopté par l'ORD ou d'une décision arbitrale rendue au titre du présent mémorandum d'accord; b) suivront les procédures énoncées à l'article 21 pour déterminer le délai raisonnable à ménager au Membre concerné pour lui permettre de mettre en oeuvre les recommandations et décisions; et c) suivront les procédures énoncées à l'article 22 pour déterminer le niveau de la suspension de concessions ou d'autres obligations et obtenir l'autorisation de l'ORD, conformément à ces procédures, avant de suspendre des concessions ou d'autres obligations résultant des accords visés au motif que le Membre en cause n'a pas mis en oeuvre les recommandations et décisions dans ce délai raisonnable»

trade-related disputes in favour of the WTO adjudicating bodies. To state now that such adjudicatory outcomes do not have to be observed (because no WTO provision unambiguously states that such decisions are binding) amounts to denouncing the *effet utile* di tale disposizione¹⁹.

John H. Jackson, a sua volta, sulla base di un'interpretazione sistematica delle norme dell'Intesa²⁰, giunge alla conclusione che «the DSU clearly establishes a preference for an *obligation to perform* the recommendation; notes that the matter shall be kept under surveillance until performance has occurred; indicates that compensation shall be resorted to only if the *immediate* withdrawal of the measure is impracticable; and

¹⁹P.C.MAVROIDIS, *Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place*, in *European Journal of International Law*, cit., pp. 782-783.

²⁰ L'autore fa riferimento ad undici norme dell'Intesa che, a suo parere, confortano il fatto che le parti contraenti abbiano un vero e proprio obbligo di eseguire le decisioni dell'Organo di soluzione delle controversie: l'art.3.4, ai sensi del quale «En formulant ses recommandations ou en statuant sur la question, l'ORD visera à la régler de manière satisfaisante conformément aux droits et obligations résultant du présent mémorandum d'accord et des accords visés.»; l'art. 3.5 ai sensi del quale «Toutes les solutions apportées aux questions soulevées formellement au titre des dispositions des accords visés relatives aux consultations et au règlement des différends, y compris les décisions arbitrales, seront compatibles avec ces accords et n'annuleront ni ne compromettent des avantages résultant pour tout Membre desdits accords, ni n'entraveront la réalisation de l'un de leurs objectifs», l'art. 3.7 ai sensi del quale «le mécanisme de règlement des différends a habituellement pour objectif premier d'obtenir le retrait des mesures en cause, s'il est constaté qu'elles sont incompatibles avec les dispositions de l'un des accords visés. Il ne devrait être recouru à l'octroi d'une compensation que si le retrait immédiat de la mesure en cause est irréalisable, et qu'à titre temporaire en attendant le retrait de la mesure incompatible avec un accord visé», l'art. 11 ai sensi del quale «un groupe spécial devrait procéder à une évaluation objective de la question dont il est saisi, y compris une évaluation objective des faits de la cause, de l'applicabilité des dispositions des accords visés pertinents et de la conformité des faits avec ces dispositions, et formuler d'autres constatations propres à aider l'ORD à faire des recommandations ou à statuer ainsi qu'il est prévu dans les accords visés», l'art. 19.1 prima citato, l'art. 21.1 ai sensi del quale «Pour que les différends soient résolus efficacement dans l'intérêt de tous les Membres, il est indispensable de donner suite dans les moindres délais aux recommandations ou décisions de l'ORD», l'art. 21.6, ai sensi del quale «L'ORD tiendra sous surveillance la mise en oeuvre des recommandations ou décisions adoptées.» , l'art. 22.1 ai sensi del quale «La compensation et la suspension de concessions ou d'autres obligations sont des mesures temporaires auxquelles il peut être recouru dans le cas où les recommandations et décisions ne sont pas mises en oeuvre dans un délai raisonnable. Toutefois, ni la compensation ni la suspension de concessions ou d'autres obligations ne sont préférables à la mise en oeuvre intégrale d'une recommandation de mettre une mesure en conformité avec les accords visés», l'art. 22.2 ai sensi del quale «Si le Membre concerné ne met pas la mesure jugée incompatible avec un accord visé en conformité avec ledit accord (...) ce Membre se prêtera, si demande lui en est faite et au plus tard à l'expiration du délai raisonnable, à des négociations avec toute partie ayant invoqué les procédures de règlement des différends, en vue de trouver une compensation mutuellement acceptable. Si aucune compensation satisfaisante n'a été convenue dans les 20 jours suivant la date à laquelle le délai raisonnable sera venu à expiration, toute partie ayant invoqué les procédures de règlement des différends pourra demander à l'ORD l'autorisation de suspendre, à l'égard du Membre concerné, l'application de concessions ou d'autres obligations au titre des accords visés», l'art. 22.8 ai sensi del quale «La suspension de concessions ou d'autres obligations sera temporaire et ne durera que jusqu'à ce que la mesure jugée incompatible avec un accord visé ait été éliminée (...) l'ORD continuera de tenir sous surveillance la mise en oeuvre des recommandations ou décisions adoptées, y compris dans les cas où une compensation aura été octroyée ou dans les cas où des concessions ou d'autres obligations auront été suspendues, mais où des recommandations de mettre une mesure en conformité avec les accords visés n'auront pas été mises en oeuvre» e l'art. 26.1 (b) ai sensi del quale «dans les cas où il a été constaté qu'une mesure annule ou compromet des avantages résultant de l'accord visé en l'espèce ou entrave la réalisation des objectifs dudit accord, sans qu'il y ait violation de celui-ci, il n'y a pas obligation de la retirer».

provides that in *nonviolation* cases, there is *no* obligation to withdraw an offending measure, which strongly implies that in *violation* cases there *is* an obligation to perform»²¹.

Altri autori, invece, considerano l'esecuzione delle decisioni dell'Organo di soluzione delle controversie un'opzione che lo Stato responsabile può declinare di seguire, nell'ipotesi in cui sia disposto a subire le conseguenze dannose di tale scelta. In particolare, Judith Hippler Bello, sostiene che «compliance with the WTO, as interpreted through dispute settlement panels, remains elective. If its law or measure is successfully challenged, a member enjoys three choices. First, it may (and preferably would) come into compliance with the ruling by withdrawing the offending measure or rectifying the relevant omission. Second, it may maintain the offending measure or determine not to rectify the relevant omission but, instead, provide compensatory benefits to restore the balance of negotiated concessions disturbed by the noncomplying law or measure. Third, it may choose to make no change in its law or measures and decline to provide compensation, and, instead, suffer likely retaliation against its exports authorized by the WTO for the purpose of restoring the balance of negotiated concessions. The only sacred WTO imperative is to maintain that balance so as to maintain political support for the WTO Agreement by members»²².

La tesi di Judith Hippler Bello, ripresa poi da Alan O. Sykes²³, si fonda sulla premessa che l'esecuzione delle norme previste dall'accordo non sempre è desiderabile dal punto vista economico. L'accordo, secondo tali autori, così come un contratto fra soggetti privati, non è altro che una promessa «to perform or to pay damages»²⁴. L'esecuzione dell'accordo sarà quindi conveniente solo nella misura in cui i costi a carico della parte responsabile derivanti dalla violazione delle sue norme siano superiori ai benefici che la parte lesa trae dalla corretta attuazione del trattato. Altrimenti, la soluzione più efficiente in caso d'illecito consisterà non tanto nella cessazione dell'infrazione quanto piuttosto nel risarcimento dei danni subiti dalla vittima della violazione.

²¹ J. H. JACKSON, *The WTO Dispute Settlement Understanding- Misunderstanding on the Nature of Legal Obligation*, in *American Journal of International Law*, 1997, p. 63.

²² J.H.BELLO, *The WTO Dispute Settlement Understanding: Less is More*, in *American Journal of International Law*, 1996, p. 417.

²³ A.O. SYKES, *The Remedy for Breach of Obligations under the WTO Dispute Settlement Understanding: Damages or Specific Performance?*, in M.BRONCKERS e R.QUICK (edited by), *New Directions in International Economic Law: Essays in Honour of John H. Jackson*, Kluwer, Boston, 2000, pp. 347-357.

²⁴ *Ibidem*, p. 348.

Tali autori ritengono che il merito del sistema di soluzione delle controversie dell'OMC è la sua flessibilità. Le norme dell'Intesa, in effetti, offrono l'opportunità alle parti contraenti di scegliere i rimedi che considerano più opportuni, ivi compreso il mantenimento dell'infrazione e l'assunzione dei danni derivanti da tale scelta. A. O. Skyes, in particolare, confuta la tesi di J.H. Jackson sostenendo che tutte le disposizioni da lui invocate per stabilire a carico delle parti contraenti un obbligo di esecuzione delle decisioni dell'Organo di soluzione delle controversie possono essere utilizzate per suffragare il contrario, ovvero per sancire in capo ai membri un diritto di opzione fra cessazione dell'illecito e pagamento dei danni, attivamente, tramite risarcimento oppure passivamente, subendo la sospensione di concessioni²⁵.

L'approccio così detto dell'“*efficient breach*” presenta due limiti. In primo luogo, non tiene sufficientemente conto della natura multilaterale dell'accordo OMC. In effetti, tale teoria, centrata sull'analisi dei costi-benefici derivante dalla mancata prestazione di un contratto, parte dal presupposto che le norme violate presentino una natura sinallagmatica. Nel quadro dell'OMC, vi sono norme che pur rivolgendosi ad una pluralità di soggetti costituiscono un fascio di regole reciproche e bilaterali, ma vi sono anche norme che esorbitano da tale categoria²⁶.

In secondo luogo, la scelta fra cessazione dell'infrazione e pagamento dei danni derivanti dalla mancata esecuzione dell'obbligo si basa su un parametro di efficienza economica e non giuridica. Tale modello in altri termini trascura completamente il fatto che la violazione di una norma comporta non solamente dei danni materiali connessi alla mancata tutela dell'interesse economico protetto da essa, ma anche un danno giuridico derivante dalla lesione del diritto soggettivo della vittima. Ridurre il contenuto di una norma al suo oggetto materiale, significa trascurare il valore aggiunto apportato dal diritto nella disciplina dei rapporti che ruotano intorno a tale interesse. Questo valore aggiunto consiste nell'offrire la medesima protezione a qualunque soggetto destinatario della norma, a prescindere dalle rispettive risorse materiali personali. Se si estende questa considerazione al settore delle relazioni internazionali, il diritto internazionale contribuisce a trasformare, sul piano formale, tutti i soggetti della Comunità internazionale in enti sovrani ed uguali, anche se non lo sono sul piano materiale.

²⁵ *Ibidem*, p. 349.

²⁶ Si pensi ad esempio alle norme dell'accordo TRIPs.

Trascurare il valore del rispetto della legalità, quale garanzia del principio dell'uguaglianza formale, nell'ambito dell'ordinamento dell'OMC, incide in modo determinante sull'equilibrio dei rapporti fra i membri dell'Organizzazione. In effetti, in un ordinamento in cui il potere di coercizione per la mancata osservanza delle sue norme è diffuso fra i destinatari di tali regole, il valore del rispetto della legalità, costituisce l'unico mezzo che i soggetti che non dispongono di risorse materiali incisive sul piano coercitivo, possono far valere per tutelare le proprie prerogative. Trasformare il dovere di cessazione dell'illecito in una mera opzione rispetto ai meccanismi di risarcimento "volontario" o di sospensione delle concessioni, significa, in altri termini, privare i Membri dell'OMC dell'unica garanzia che possiedono di beneficiare di un trattamento, almeno sul piano formale, paritario²⁷.

Nonostante le disposizioni dell'Intesa non prevedano un obbligo esplicito di cessazione dell'illecito a carico delle parti contraenti e presentino un margine di ambiguità tale da poter giustificare una soluzione che colloca sul medesimo piano l'esecuzione delle norme dell'Organizzazione, il risarcimento e la sospensione delle concessioni, il dovere di terminare l'infrazione può essere comunque dedotto dall'ordinamento internazionale generale. In effetti, la violazione di una norma internazionale, come è stato illustrato all'inizio del paragrafo, produce in capo allo Stato responsabile un dovere assoluto ed incondizionato di cessazione. L'obbligo di cessazione può incidere indirettamente sulla portata dell'obbligo di riparazione²⁸, ma non può in alcun modo essere sostituito da esso. Tenuto conto che il sistema OMC non contiene disposizioni che prevedono una deroga esplicita nei confronti di tale regola internazionale generale e che l'obbligo di cessazione, in quanto strumento volto a favorire il ripristino della legalità, contribuisce a proteggere gli interessi propri di questo ordinamento particolare, il diritto internazionale della responsabilità può essere invocato, in quest'ambito, a titolo sussidiario.

Finora non è stato necessario far valere tale regola semplicemente perché nessuna parte contraente ha messo in discussione il valore giuridico vincolante dei rapporti dei panel e dell'Organo di appello e il dovere di cessazione dell'illecito derivante dalla constatazione dell'esistenza di una violazione²⁹.

²⁷ In effetti, in assenza di un risarcimento "volontario", le parti contraenti economicamente più deboli, difficilmente potranno ripristinare, attraverso la sospensione delle loro concessioni, l'equilibrio di interessi garantito dalla norma violata.

²⁸ Vedi *supra* nota 6.

²⁹ Nei casi in cui sono stati promossi ricorsi ex art. 21.5 per valutare se i rapporti dei panel o dell'Organo di appello fossero stati eseguiti o in cui l'Organo di soluzione delle controversie è stato investito di una

1.2 La cessazione dell'illecito nell'ipotesi di violazione di un obbligo di condotta

Per quanto concerne il fatto che può fare insorgere in capo allo Stato responsabile l'obbligo di cessazione, il commento all'art. 30 a) specifica che «le mot «fait» désigne aussi bien une action qu'une omission»³⁰. In altri termini, l'obbligo di cessazione può comportare il dovere d'interrompere un'azione così come il dovere di porre in essere il comportamento richiesto dalla norma primaria violata³¹.

Il contenuto del comportamento richiesto, nell'ipotesi di cessazione di un'omissione, varia in funzione della natura della regola che non è stata rispettata. Se quest'ultima prescrive un obbligo di condotta³², lo Stato responsabile avrà l'obbligo di porre fine all'infrazione, attivandosi e *sforzandosi* di perseguire l'obiettivo previsto dalla norma violata. Se, invece, l'obbligo primario impone di raggiungere un risultato, lo Stato responsabile cesserà l'illecito quando avrà realizzato lo scopo sancito dalla norma che non ha rispettato. Nell'ipotesi d'illecito omissivo di condotta, quindi, l'obbligo secondario di cessazione avrà una portata temporale indeterminata, mentre nell'ipotesi d'illecito omissivo di risultato, l'obbligo di cessazione sarà estinto nel momento in cui il risultato sarà realizzato. L'obbligo di cessazione derivante da un illecito di condotta, a differenza di quello derivante da un illecito di risultato, necessita, perciò, di essere costantemente monitorato. Lo *sforzo* profuso dallo Stato responsabile per eseguire la regola primaria violata, può, in effetti, essere soddisfacente in un determinato momento, ma può non esserlo più, in un momento successivo, poiché i fattori aleatori che inizialmente hanno impedito allo Stato di realizzare l'obiettivo prefissato possono essere, nel frattempo, cambiati.

Nonostante la classificazione fra illeciti di risultato ed illeciti di condotta abbia un'incidenza importante sul contenuto della responsabilità internazionale generale, né il

richiesta di sospensione delle concessioni, l'oggetto della controversia verteva sempre sulla scorretta e non sulla mancata esecuzione delle raccomandazioni. In altri termini, le parti responsabili hanno sempre cessato la condotta dichiarata incompatibile con gli accordi OMC, ma non sempre l'hanno modificata in modo tale da conformarsi alle norme di tale ordinamento, producendo così un nuovo illecito.

³⁰ Commento all'art. 30, p. 233.

³¹ Come sottolinea il relatore speciale Arangio-Ruiz nel rapporto preliminare sul contenuto della responsabilità del 1988 «in the case of commissive wrongful acts, cessation will consist of the (negative) obligation "to cease to do" or "to do no longer". (...) In the case of omissive wrongful acts, cessation should cover the author State's thus far undischarged obligation "to do" or "do in a given way" », *Preliminary Report on State Responsibility by Mr. Gaetano Arangio-Ruiz, Special Rapporteur*, A/CN.4/416 AND Add.1, cit., p. 20, par. 58.

³² Come è stato messo in luce nell'ultimo paragrafo del capitolo precedente, gli obblighi di condotta impongono al destinatario di sforzarsi di realizzare un determinato obiettivo e si differenziano dagli obblighi di risultato dal momento che prescindono dall'esito che tale condotta potrà avere ai fini del raggiungimento dello scopo prestabilito.

testo di codificazione né il relativo commento ne fanno menzione. Tale silenzio riflette il disagio della Commissione di diritto internazionale a codificare in un testo di articoli sulle responsabilità internazionali generale, regole secondarie che sfuggono ad una determinazione oggettiva unilaterale e che necessitano, per essere applicate, di un'istanza giurisdizionale.

L'accertamento dell'esistenza di un illecito di condotta³³, nonché la verifica costante della corretta esecuzione dell'obbligo secondario di cessazione, presuppongono, in effetti, l'esistenza di un organo giurisdizionale permanente che possa esplicitare ed oggettivare il contenuto indeterminato della norma violata e verificare di volta in volta la sua corretta attuazione. L'ordinamento internazionale generale presenta, al riguardo, delle lacune strutturali che possono comunque essere colmate dagli ordinamenti internazionali particolari.

Per quanto concerne l'ordinamento OMC, la possibilità per le parti contraenti di richiedere quasi unilateralmente l'istituzione di un panel, l'esistenza di Organo di appello permanente, l'adozione quasi automatica dei rapporti dei panel e dell'Organo di appello da parte dell'Organo di soluzione delle controversie ed infine la previsione di un meccanismo di controllo di conformità delle misure di esecuzione delle decisioni dell'Organo di soluzione delle controversie³⁴, contribuiscono a superare molte delle carenze dell'ordinamento internazionale generale, per quanto concerne l'efficacia della funzione giurisdizionale. Non sorprende perciò che panel ed Organo di appello non abbiano esitato a differenziare il contenuto delle loro raccomandazioni, al fine di tenere conto della specificità dell'obbligo di cessazione derivante dalla violazione di una norma di condotta. Le raccomandazioni, cui si fa riferimento, sono contenute rispettivamente nel rapporto del panel *Etats-Unis- prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, recours de la Malaisie à l'article 21.5*³⁵ e nel

³³ Sulle difficoltà legate all'accertamento di un illecito di condotta e l'esigenza di un'istanza giurisdizionale che svolga tale funzione, vedi l'ultimo paragrafo della seconda sezione del capitolo precedente.

³⁴ Per una descrizione articolata delle caratteristiche del meccanismo di controllo di conformità disciplinato dall'art. 21.5 dell'Intesa, vedi J.E.KEARNS e S.CHARNOVITZ, *Adjudicating Compliance in the WTO: a Review of DSU Article 21.5*, in *Journal of International Economic Law*, 2002, pp. 331-352.

³⁵ Rapporto del panel, *Etats-Unis- prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, recours de la Malaisie à l'article 21.5*, WT/DS58/RW, del 15 giugno 2001.

corrispondente rapporto dell'Organo di appello³⁶. In entrambi i casi, si poneva il problema di stabilire se gli Stati Uniti avevano eseguito correttamente le raccomandazioni contenute nel precedente rapporto dell'Organo di appello *États-Unis – prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*³⁷.

Quest'ultimo rapporto constataba che le misure oggetto della controversia non erano giustificate dall'art. XX dell'accordo GATT'94, dal momento che gli Stati Uniti non avevano avviato «avec les intimés, ni avec les autres Membres qui expédient des crevettes vers leur marché, des négociations générales sérieuses dans le but de conclure des accords bilatéraux ou multilatéraux pour la protection et la conservation des tortues marines»³⁸, ed invitava l'amministrazione americana a rendere conformi all'accordo GATT'94 le misure dichiarate incompatibili.

Secondo la Malesia, le misure americane, che avevano come oggetto la limitazione unilaterale delle importazioni di gamberetti, potevano essere giustificate sulla base dell'art. XX del GATT solo se adottate dopo la *conclusione* di un accordo internazionale in materia di protezione delle tartarughe marine con le parti ricorrenti.

Gli Stati Uniti, al contrario, ritenevano che, per eseguire correttamente il rapporto dell'Organo di appello, e, di conseguenza, per beneficiare dell'esenzione prevista dall'art. XX, avevano solamente il dovere di *avviare* in buona fede dei negoziati con le parti interessate.

Sia il panel che l'Organo di appello hanno respinto l'interpretazione del rapporto proposta dalla Malesia e sono giunti alla conclusione che gli Stati Uniti dovevano fare uno sforzo serio per negoziare in buona fede un accordo, ma non erano tenuti a concluderlo.

Nonostante le difficoltà derivanti dall'accertamento della corretta esecuzione del dovere di *fare sforzi seri in buona fede* per la conclusione di un accordo, panel ed Organo di appello non hanno esitato ad avvalersi delle proprie facoltà interpretative, per esplicitare

³⁶ Rapporto dell'Organo di appello, *États-Unis- prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, recours de la Malaisie à l'article 21.5*, WT/DS58/AB/RW, del 22 ottobre 2001.

³⁷ Rapporto dell'Organo di appello, *États-Unis- prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, WT/DS58/AB/R, adottato il 12 ottobre 1998.

³⁸ *Ibidem*, par. 166, p. 70.

la portata indeterminata di quest'obbligo di condotta³⁹. Inoltre, dopo aver escluso l'esistenza di un'infrazione nel caso di specie, si sono riservati la possibilità di pronunciarsi nuovamente sul rispetto dell'obbligo in questione, autorizzando l'una o entrambe le parti alla controversia a promuovere nuovamente un ricorso in base all'art. 21.5 nell'ipotesi in cui gli sforzi seri da parte dell'amministrazione americana per la conclusione di un accordo fossero venuti meno⁴⁰.

Gli illeciti di condotta e il corrispondente obbligo di cessazione dalla portata temporale indeterminata hanno così potuto fare ingresso nell'ordinamento OMC.

Ciò è stato possibile grazie alla sensibilità giuridica dei panel e dell'Organo di appello ed, al tempo stesso, grazie alla flessibilità delle regole del sistema di soluzione delle controversie dell'OMC. L'Intesa in effetti, autorizza le parti contraenti a richiedere l'istituzione di un panel per verificare la corretta esecuzione delle decisioni dell'Organo di soluzione delle controversie, ma non specifica la possibilità di utilizzare ripetutamente questo meccanismo per monitorare l'esecuzione di obblighi secondari che hanno un'estensione temporale indeterminata.

³⁹ «Nous croyons comprendre que les constatations de l'Organe d'appel signifient que les États-Unis ont l'obligation de faire des efforts sérieux de bonne foi pour traiter la question de la protection et de la conservation des tortues marines à l'échelle internationale. Nous sommes conscients que la notion d'efforts sérieux de bonne foi peut avoir un caractère subjectif et de la difficulté qu'il peut y avoir à appliquer ce critère en réalité. Nous notons cependant qu'il existe un certain nombre de points de repère en l'occurrence. (...) Les États-Unis sont demandeurs dans ce domaine et compte tenu des moyens scientifiques, diplomatiques et financiers dont ils disposent, il est raisonnable d'attendre plutôt plus que moins de la part de ce Membre pour ce qui est des efforts sérieux de bonne foi. De fait, l'aboutissement des négociations relatives à la Convention interaméricaine illustre la force de persuasion des États-Unis. Bien entendu, un critère unique ne saurait convenir. En outre, les éléments de fait propres à une négociation donnée peuvent influencer sur les résultats qui peuvent être attendus. C'est la raison pour laquelle le présent groupe spécial a cherché à obtenir le plus de renseignements possible concernant la négociation de l'Accord sur la conservation et la gestion des tortues marines et de leur habitat dans la région de l'Océan Indien et de l'Asie du Sud-Est, négociation à laquelle ont participé la Malaisie et les États-Unis. Par ailleurs, bien que les États-Unis soient demandeurs dans ce domaine, ils ne peuvent être tenus entièrement responsables de la conclusion d'un accord sur la protection et la conservation des tortues marines. En effet, s'ils peuvent être responsables de l'absence d'un accord, en bloquant les négociations par exemple, ils peuvent également partager cette responsabilité ou n'être aucunement responsables», rapporto del panel, *Etats-Unis-prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, recours de la Malaisie à l'article 21.5, cit.*, par. 5.76-5.78.

⁴⁰ « Au vu des recommandations et décisions de l'ORD, l'article 609 de la Loi générale n° 101-162, tel qu'il est mis en œuvre aux termes des Directives révisées du 8 juillet 1999 et tel qu'il a été appliqué jusqu'ici par les autorités des États-Unis, est justifié au regard de l'article XX du GATT de 1994 aussi longtemps que les conditions énoncées dans les constatations figurant dans le présent rapport, en particulier la poursuite d'efforts sérieux de bonne foi en vue de parvenir à un accord multilatéral, continuent d'être réunies. Le Groupe spécial fait observer que si l'une ou l'autre des conditions mentionnées à l'alinéa 6.1 b) cessait d'être remplie, les recommandations de l'ORD pourraient ne plus être respectées. Le Groupe spécial estime qu'en pareille circonstance, l'une ou l'autre des parties plaignantes dans l'affaire initiale pourrait être habilitée à avoir de nouveau recours à l'article 21:5 du Mémoire d'accord (corsivo aggiunto)», rapporto del panel, *Etats-Unis-prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, recours de la Malaisie à l'article 21.5, cit.*, par. 6.1-6.2 e rapporto dell'Organo di appello, *Etats-Unis-prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, recours de la Malaisie à l'article 21.5, cit.*, par. 7.

Tenuto conto che non vi sono regole nell'Intesa che impediscono un'utilizzazione di questo tipo dell'art. 21.5, panel ed Organo di appello non hanno esitato ad interpretare tale disposizione in modo estensivo, adeguando il meccanismo di soluzione delle controversie alla natura dinamica della norma secondaria contestata.

Tenuto conto della specificità istituzionale del sistema di soluzione delle controversie dell'OMC è difficile ipotizzare l'affermazione di conseguenze analoghe nel quadro dell'ordinamento internazionale generale. Al tempo stesso, sarebbe stato auspicabile che il testo di codificazione avesse preso atto di queste tendenze, al fine di favorire l'affermazione di regimi di responsabilità analoghi in altri ordinamenti internazionali particolari dotati di meccanismi giurisdizionali altrettanto avanzati.

1.3 Assicurazioni e garanzie di non ripetizione

Ai sensi della lettera b) dell'art. 30 del testo di codificazione, «l'État responsable du fait internationalement illicite a l'obligation (...) d'offrir des assurances et des garanties de non-répétition appropriées si les circonstances l'exigent».

Nel progetto di codificazione del 1996 tale obbligo era stato assimilato ad una forma di riparazione. Inizialmente, Arangio Ruiz aveva proposto di menzionare le garanzie di non ripetizione nella disposizione dedicata alla soddisfazione⁴¹. In seguito, consapevole della specificità di tale rimedio, ⁴² aveva deciso di disciplinarlo in un articolo a sé stante⁴³, continuando, però, ad includerlo fra le modalità di riparazione⁴⁴.

⁴¹ Vedi il secondo rapporto sulla responsabilità dello Stato in cui il relatore speciale Arangio-Ruiz conclude il capitolo IV dedicato alle garanzie di non ripetizione dell'illecito constatando che «the analysis of doctrine and practice seems to justify the conclusion that guarantees against repetition constitute a form of satisfaction (...). It would therefore seem justified to include in the article of part 2 of the draft that deals with satisfaction an explicit mention of assurances and guarantees against repetition», *Second report on State Responsibility by Mr. Gaetano Arangio-Ruiz, Special Rapporteur*, Doc. A/CN.4/425 and Add.1, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1989, vol. II, Part One, p. 42, par. 147.

⁴² Vedi il commento all'art. 46 del progetto di codificazione adottato in prima lettura nel 1996, in cui il relatore speciale Arangio-Ruiz sottolinea che «assurances and guarantees of non-repetition perform a distinct and autonomous function. Unlike other forms of reparation which seek to re-establish a past state of affairs, they are future-oriented. They thus have a preventive rather than remedial function. They furthermore presuppose a risk of repetition of the wrongful act. Those features make them into a rather exceptional remedy», *Commentary to art. 46 (10 bis) par. 1*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1993, vol. II, Part Two, pp. 81-82.

⁴³ Vedi l'art. 46 del progetto di codificazione adottato in prima lettura, ai sensi del quale «l'Etat lésé est en droit, le cas échéant, d'obtenir de l'Etat qui a commis un fait internationalement illicite des assurances ou garanties de non-répétition dudit fait».

⁴⁴ Vedi l'art. 42 del progetto di codificazione adottato in prima lettura ai sensi del quale «L'Etat lésé est en droit d'obtenir de l'Etat qui a commis un fait internationalement illicite une réparation intégrale sous une ou plusieurs formes de réparation-restitution en nature, indemnisation, satisfaction et assurances et garanties de non-répétition (corsivo aggiunto)».

Il relatore speciale James Crawford ha portato alle estreme conseguenze l'approccio di Arangio-Ruiz volto a valorizzare l'autonomia dell'obbligo di non ripetizione ed ha ritenuto preferibile associare questo rimedio al dovere di cessazione. In effetti, a suo parere, l'obbligo di non ripetizione così come il dovere di cessazione rispondono all'esigenza di garantire l'osservanza della norma violata. Né l'uno, né l'altro sono assimilabili ad una forma di riparazione in quanto non sono funzionali a restaurare la situazione esistente prima dell'infrazione, ma a ribadire il carattere vincolante della regola infranta nei rapporti giuridici futuri⁴⁵. Le garanzie di non ripetizione sono, perciò, descritte «as the positive aspect of future performance, where cessation of any continuing wrongful act is its negative aspect (and the continuation in force of the obligation is a necessary assumption of both)»⁴⁶.

Le analogie fra obbligo di cessazione ed obbligo di non ripetizione, peraltro, si esauriscono qui. In effetti, l'obbligo di cessazione presenta un carattere assoluto e incondizionato, mentre il dovere di non ripetizione può essere fatto valere solamente, come è precisato nell'art. 30 b), «si les circonstances l'exigent».

L'uso di questa formula generica riflette le difficoltà, incontrate dalla Commissione di diritto internazionale, a configurare il dovere di non ripetizione come un vero e proprio obbligo generale nascente a seguito di un'infrazione. Alcuni Stati hanno, a tale proposito, espresso delle perplessità sull'opportunità d'inserire nella parte seconda destinata alla codificazione delle conseguenze giuridiche derivanti da un illecito una disposizione sull'assicurazione e garanzie di non ripetizione, facendo leva sul fatto che quasi tutta la prassi disponibile era di carattere diplomatico⁴⁷.

⁴⁵ Questo non significa che l'obbligo di non ripetizione e l'obbligo di riparazione non possano in pratica sovrapporsi. Come si sottolinea nel commento all'art. 30 b), «un Etat peut chercher à obtenir des assurances ou garanties de non-répétition par voie de satisfaction (par exemple abrogation d'une loi qui a permis à la violation de se produire)», p. 238, par. 11.

⁴⁶ *Third Report on State Responsibility by Mr. James Crawford, Special Rapporteur*, Doc. A/CN.4/507, reperibile presso il sito <http://www.un.org/law/ilc/archives/statfra.htm>, p. 25, par. 54.

⁴⁷ «Tout en reconnaissant que, dans la pratique diplomatique quotidienne, les gouvernements donnaient souvent ce genre d'assurances, on a fait observer qu'il était douteux qu'une déclaration dans ce sens faite sous forme d'engagement politique ou moral puisse être tenue pour une conséquence juridique de la responsabilité. On a donc considéré que la disposition en question n'avait aucune utilité sur le plan juridique et qu'elle pourrait être supprimée. Certains membres ont aussi émis l'avis que la pratique des Etats était trop peu abondante pour justifier la concrétisation de cette idée sous forme de règle de droit. On a fait observer qu'il n'existait pas de cas où des tribunaux avaient donné des assurances et garanties de non-répétition», *Report of the International Law Commission on the work of its fifty-second session, chp. IV: State responsibility*, reperibile presso il sito <http://www.un.org/law/ilc/archives/statfra.htm>, p. 25, par. 88.

Il fattore determinante che ha indotto la CDI ha includere nel testo un riferimento a questo rimedio è stata la sentenza *LaGrand*⁴⁸, in cui la Corte internazionale di giustizia ha dato seguito alla richiesta della Germania di ottenere delle garanzie, da parte degli Stati Uniti, di non ripetizione della violazione dell'art. 36 della Convenzione di Vienna del 1963 sulle relazioni consolari⁴⁹.

La presenza di un precedente così autorevole ha senz'altro contribuito a dissipare molte perplessità in merito all'utilità di disciplinare tale rimedio nel progetto di codificazione sulla responsabilità statale, ma ha lasciato comunque irrisolto il problema della definizione del suo fondamento giuridico e della sua sfera di applicazione. La Corte internazionale di giustizia, in effetti, si è dichiarata competente a prescrivere agli USA l'obbligo di offrire garanzie di non ripetizione, senza tuttavia chiarire la base giuridica di tale dovere, né le condizioni che devono essere soddisfatte per la sua invocazione. Tenuto conto di questi elementi d'incertezza, la Commissione di diritto internazionale, ha deciso di mantenere il rimedio introdotto provvisoriamente nel 2000, ma solo a condizione che fosse codificato in modo flessibile e potesse offrire indicazioni di fondo utili⁵⁰.

L'esigenza di flessibilità è stata soddisfatta soprattutto circoscrivendo la portata generale dell'obbligo di non ripetizione. Il carattere non automatico e condizionato di questo rimedio emerge non solo dalla clausola «si les circonstances l'exigent» dell'art. 30 b), ma anche dal relativo commento in cui si pone l'accento sul fatto che «les assurances et garanties de non-répétition ne sont pas toujours appropriées même si elles sont exigées»⁵¹. L'obiettivo di redigere una disposizione utile e funzionale, invece, è stato raggiunto solo parzialmente. La CDI, in effetti, non è riuscita ad offrire molte indicazioni sulle circostanze che possono, di fatto, far insorgere l'obbligo di non ripetizione. Nel commento si constata solamente che le garanzie di non ripetizione «sont

⁴⁸ Sentenza *LaGrand* del 27 giugno 2001 (*Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique*) disponibile sul sito <http://www.wci-cij.org>.

⁴⁹ In particolare, la Corte ha affermato che «si les Etats-Unis (...) manquaient à leur obligation de notification consulaire au détriment de ressortissants allemands, des excuses ne suffiraient pas dans les cas où les intéressés auraient fait l'objet d'une détention prolongée ou été condamnés à des peines sévères. Dans le cas d'une telle condamnation, les Etats-Unis devraient permettre le réexamen et la révision du verdict de culpabilité et de la peine en tenant compte de la violation des droits prévus par la Convention», sentenza *LaGrand*, cit., par. 125. Per un commento sul contributo particolarmente innovativo della sentenza in materia di rimedi vedi C.J.TAMS, *Consular Assistance: Rights, Remedies and Responsibility: Comments on the ICJ's Judgment in the LaGrand Case*, in *European Journal of International Law*, 2002, pp. 1257-1259 e dello stesso autore, *Recognizing Guarantees and Assurances of Non-Repetition: LaGrand and the Law of State Responsibility*, in *The Yale Journal of International Law*, 2002, pp. 441-444.

⁵⁰ J.CRAWFORD, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text, and Commentaries* (edited by), Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp. 33-34.

⁵¹ Commento all'art. 30, pp. 239-240.

le plus souvent demandées lorsque l'Etat lésé a des raisons de penser que le simple retour à la situation préexistante ne le protège pas de manière satisfaisante»⁵² e che il diritto di avvalersi di tali misure dipende «des circonstances de l'espèce, y compris de la nature de l'obligation et de la violation»⁵³. Il riferimento alla natura dell'obbligo e della violazione è stato probabilmente inserito al fine di dare seguito alle richieste di alcuni governi che nel corso dei lavori della CDI avevano suggerito di disciplinare le garanzie e le assicurazioni di non ripetizione in funzione di due parametri: la gravità della violazione e la probabilità della sua ripetizione⁵⁴. In realtà, l'espressione «nature de l'obligation et de la violation» è molto più generica e, in quanto tale, molto meno funzionale. In assenza di ulteriori indicazioni risulta, in effetti, difficile dedurre da tale formula criteri suscettibili di chiarire le circostanze che fanno *automaticamente* sorgere il dovere di offrire garanzie di non ripetizione.

Infine, per quanto concerne le modalità di esecuzione di tale obbligo, il commento distingue le *assicurazioni* dalle *garanzie*, precisando che le prime sono date normalmente oralmente, mentre le seconde comportano l'adozione di misure volte a ridurre sostanzialmente il rischio di ripetizione dell'infrazione. Nessuna indicazione definitiva, invece, è offerta per quanto riguarda il tipo di misure che devono essere concretamente prese⁵⁵.

La mancata definizione di uno standard di comportamento che rifletta un certo sforzo da parte dello Stato responsabile di evitare di ripetere nuovamente l'infrazione, incide negativamente sul carattere vincolante di tale obbligo, in quanto risulta difficile verificare la sua corretta esecuzione⁵⁶. In generale, l'assenza di criteri che permettano di circoscrivere la portata e il contenuto del dovere di offrire garanzie di non ripetizione limitano notevolmente la capacità operativa di tale disposizione.

⁵² *Ibidem*, p. 236.

⁵³ *Ibidem*, p. 240.

⁵⁴ Vedi *Report of the International Law Commission on the work of its fifty-second session, chp. IV: State responsibility, cit.*, p. 25, par. 91. La Repubblica Ceca, in particolare, aveva proposto di rendere le garanzie di non ripetizione sistematicamente ed incondizionatamente obbligatorie nel caso di crimini internazionali. Vedi *Third Report on State Responsibility by Mr. James Crawford, Special Rapporteur, Doc. A/CN.4/507, cit.*, p. 26, par. 56.

⁵⁵ Il commento si limita a constatare che la prassi al riguardo non è uniforme. Talvolta lo Stato leso può genericamente domandare delle garanzie lasciando libero lo Stato responsabile di scegliere le misure che ritiene più appropriate, talvolta quest'ultimo è invitato a prendere dei provvedimenti specifici. Vedi il commento all'art. 30, pp. 238-239.

⁵⁶ Perplexità sul carattere vincolante di questo rimedio sono state espresse dallo stesso relatore speciale J.Crawford che ha ritenuto poco probabile che uno Stato possa essere chiamato a rispondere giuridicamente «of its failure to give assurances and guarantees against repetition satisfactory to the injured State», *Third Report on State Responsibility by Mr. James Crawford, Special Rapporteur, Doc. A/CN.4/507, cit.*, p. 26, par. 58.

Quest'incompiutezza redazionale non è altro che il riflesso di un'incompiutezza normativa. Allo stato attuale della prassi, in effetti, risulta difficile attestare l'esistenza di una vera e propria norma internazionale generale avente per oggetto il dovere da parte dello Stato responsabile di sforzarsi di non commettere in futuro di nuovo la medesima violazione. Grazie al "connubio" istituzionale fra Corte internazionale di giustizia e Commissione di diritto internazionale⁵⁷, i rimedi prospettivi hanno fatto ingresso nel diritto internazionale generale. Solamente la prassi statale potrà, però, cristallizzare un fenomeno giuridico dai confini, per il momento, ancora incerti⁵⁸.

Per quanto concerne l'ordinamento OMC, né l'Intesa di soluzione delle controversie né gli altri accordi allegati al trattato istitutivo dell'Organizzazione, stabiliscono un obbligo esplicito a carico delle parti contraenti di impegnarsi ad evitare di ripetere comportamenti illeciti. Tale dovere non è neppure deducibile dall'obbligo che i Membri hanno, in base all'art. 19⁵⁹, di rendere conforme la misura dichiarata incompatibile con l'accordo violato. Il riferimento esplicito al comportamento che ha dato luogo all'ormai avvenuta infrazione, in effetti, circoscrive la sfera di applicazione della raccomandazione alla condotta posta in essere dallo Stato responsabile nel passato.

Imporre alle parti contraenti il dovere di prendere dei provvedimenti per evitare il ripresentarsi della violazione equivarrebbe, perciò, a creare un obbligo secondario aggiuntivo che risulterebbe incompatibile con il secondo paragrafo dell'art. 19 ai sensi del quale «dans leurs constatations et leurs recommandations, le groupe spécial et

⁵⁷ Vedi, a tale proposito, in senso critico, Scott M. Sullivan, il quale sostiene che «assurances and guarantees of non-repetition do not fit the mainstream conception of customary international law; nor do they qualify under more expansive theories. Through interdependent reasoning and process, the ICJ and the International Law Commission (ILC) joined forces to create new law that neglects both the principles of customary international law and the practicality of state compliance», S.M.SULLIVAN, *Changing the Premise of International Legal Remedies: The ICJ Adoption of Assurances & Guarantees of Non-Repetition*, LL.M. Thesis, European University Institute, 2002, p. 3.

⁵⁸ Recentemente, la Corte internazionale di giustizia, nella sentenza *Avena*, ha dato seguito alla richiesta del Messico di ottenere da parte degli Stati-Uniti garanzie ed assicurazioni di non di ripetizione dell'illecito da essi ripetutamente commesso. Questa pronuncia, da un lato, contribuisce ad alimentare la prassi sui rimedi prospettivi, favorendo ulteriormente lo sviluppo di una norma consuetudinaria in materia, dall'altro, concernendo il medesimo illecito oggetto della sentenza *LaGrand*, ovvero la violazione dell'art. 36 della Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari, non offre indicazioni aggiuntive sui presupposti e il contenuto dell'obbligo di non ripetizione. In particolare, la Corte, dopo aver richiamato il paragrafo saliente della sentenza *LaGrand* in cui aveva trattato la questione delle garanzie di non ripetizione, si è limitata ad osservare che «s'agissant de la demande du Mexique, visant à obtenir des garanties et assurances de non-répétition, ce qu'elle a dit dans l'extrait (...) de l'arrêt *LaGrand* demeure applicable et satisfait ladite demande» (*Avena et autre ressortissants mexicains, Mexique c. Etats-Unis d'Amérique*, sentenza del 31 marzo 2004, reperibile sul sito www.wci-cij.org, p. 57, par. 150).

⁵⁹ Vedi, a tale proposito, il paragrafo precedente di questo capitolo.

l'Organe d'appel ne pourront pas accroître ou diminuer les droits et obligations énoncés dans les accords visés».

Al tempo stesso, il fatto che l'ordinamento OMC non stabilisca a carico delle parti contraenti l'obbligo di offrire garanzie di non ripetizione, non significa che i panel o l'Organo di appello non possano *suggerire* ai membri di prendere le misure appropriate per evitare di commettere in futuro le infrazioni di cui sono stati dichiarati responsabili. Tale facoltà è desumibile dallo stesso art. 19 che attribuisce ai panel ed all'Organo di appello non solo il potere di raccomandare alla parte responsabile di rendere la passata infrazione conforme all'accordo violato, ma anche la possibilità di « *suggérer au Membre concerné des façons de mettre en oeuvre ces recommandations* ».

A differenza delle raccomandazioni, panel ed Organo d'appello possiedono un certo margine di discrezionalità per quanto concerne la scelta di formulare o meno suggerimenti. Quest'ultimi non sono vincolanti⁶⁰. Al tempo stesso, se seguiti, creano «an irrefutable presumption of legality for any subsequent action aimed at implementing the suggestion within its ambit»⁶¹. Tenuto conto del loro effetto giuridico attenuato, il contenuto dei suggerimenti non deve necessariamente essere orientato esclusivamente al passato. L'esecuzione dell'obbligo di messa in conformità, in effetti, beneficerà in taluni casi dell'assunzione di impegni di non ripetizione nel futuro, senza che l'equilibrio dei diritti ed obblighi fra le parti contraenti risulti alterato⁶².

La *ratio* dell'offerta di garanzie, come è stato ripetuto più volte, consiste nel ridurre la probabilità che l'infrazione sia commessa di nuovo nel futuro, quindi, presupposto per il suggerimento di tali misure è l'esistenza di un rischio oggettivo di ripetizione della violazione. Tale rischio sussiste, ad esempio, nell'ipotesi in cui la violazione sia il frutto dell'esecuzione di una legge che contiene regole incompatibili con una norma OMC e questa legge, dopo la constatazione dell'infrazione, resti in vigore. In particolare, qualora la legge abbia una natura imperativa⁶³, l'unico rimedio efficace che potrà garantire la fine dell'infrazione consisterà nell'abrogazione delle misure legislative che hanno prodotto la

⁶⁰ Vedi il rapporto del panel *Guatemala - Enquête antidumping concernant le ciment Portland en provenance du Mexique*, WT/DS60/R, del 19 giugno 1998, par. 8.2-8.3.

⁶¹ C. MAVROIDIS, *Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place*, cit., p. 786.

⁶² Questa lettura estensiva dei suggerimenti è confermata dal fatto che il par.2 dell'art. 19, allorché introduce come limite il rispetto dell'equilibrio dei diritti ed obblighi delle parti contraenti, fa riferimento esclusivamente alle raccomandazioni. I suggerimenti non sono menzionati, dal momento che, non essendo vincolanti, non creano a carico dello Stato responsabile obblighi aggiuntivi rispetto a quelli previsti dai trattati.

⁶³ Per quanto riguarda la distinzione imperativo/discrezionale vedi il paragrafo 1.2 del capitolo precedente.

violazione. In questo caso, il rischio di ripetizione della violazione non sussiste, in quanto scongiurato dalla cessazione. Nell'ipotesi in cui, invece, l'illecito tragga origine dall'esecuzione di una legge "discrezionale" che si limita ad *autorizzare* l'esecutivo a tenere una condotta incompatibile con le norme OMC, senza prescriverla, la cessazione dell'infrazione comporterà l'obbligo di interrompere il comportamento specifico che ha causato l'infrazione, ma non l'abrogazione o modifica della misura legislativa di autorizzazione. In questo caso, il rischio che la violazione si ripeta, oggettivamente esiste e l'invito allo Stato responsabile di offrire adeguate garanzie affinché la legge discrezionale sia eseguita in modo compatibile con le norme OMC, costituisce l'unico rimedio per limitare tale pericolo.

Nella prassi i panel e l'Organo di appello finora non hanno mai formulato questo tipo di suggerimento⁶⁴, ma, è interessante notare che, nel caso *Etats-Unis- Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur*⁶⁵, una legge discrezionale che permetteva al governo degli Stati Uniti la sospensione di concessioni commerciali, in violazione dell'art. 23.3 dell'Intesa di soluzione delle controversie è stata dichiarata compatibile, a condizione che l'esecutivo s'impegnasse ad eseguire tale legge in modo conforme alle norme OMC⁶⁶.

⁶⁴Nel caso *Etats-Unis – Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Uni*, il panel, dopo aver constatato che l'esecuzione di una legge discrezionale americana, risultava incompatibile con l'accordo sui sussidi e le misure compensative, si è limitato a suggerire di modificare la prassi amministrativa che ha prodotto l'illecito, senza richiedere esplicitamente delle garanzie di non ripetizione: «Les Communautés européennes ont demandé au Groupe spécial "de suggérer que les États-Unis modifient leur législation en matière de droits compensateurs afin de reconnaître le principe en vertu duquel une privatisation opérée au prix du marché résorbe les subventions". Les Communautés européennes n'ont pas relevé de dispositions dans la législation des États-Unis qui exigent l'imposition de droits compensateurs dans les circonstances existant dans le présent différend. Ainsi, nous ne pouvons pas faire la suggestion demandée par les Communautés européennes. Cependant, nous notons que les États-Unis ont continué d'appliquer leur méthode relative aux aliénations d'entreprise pendant l'examen du présent différend. Nous serions d'avis que les États-Unis prennent toutes les mesures appropriées, notamment *révisent leurs pratiques administratives*, pour éviter que la violation susmentionnée de l'article 10 de l'Accord SMC ne se reproduise à l'avenir (corsivo aggiunto)», rapporto del panel, *Etats-Unis – Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Uni*, WT/DS138/R, adottato il 23 dicembre 1999, par. 1.3.

⁶⁵ Vedi il rapporto del panel *Etats-Unis- Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur*, WT/DS152/R, adottato il 22 dicembre 1999.

⁶⁶ Vedi il par. 8.1 in cui il panel ha dichiarato che «Compte tenu des éléments législatifs et non législatifs des articles 301 à 310, en particulier des engagements qui ont été formulés par les États-Unis dans l'Énoncé des mesures administratives approuvé par le Congrès des États-Unis lorsqu'il a mis en œuvre les Accords du Cycle d'Uruguay et qui ont été confirmés et renforcés dans les déclarations faites par les États-Unis au présent groupe spécial, nous concluons que les aspects des articles 301 à 310 de la Loi des États-Unis sur le commerce extérieur dont nous avons été saisis dans le cadre du présent différend ne sont pas incompatibles avec les obligations des États-Unis au regard de l'OMC. (...) Il convient de souligner que toutes ces conclusions reposent en totalité ou en partie sur les engagements de l'Administration des États-Unis

Nel caso di specie, l'impegno del governo degli Stati Uniti di eseguire la legge in modo conforme alle norme OMC ha contribuito ad escludere l'insorgere di un'eventuale violazione. Le garanzie offerte dagli Stati Uniti, da un lato, sono assimilabili a quelle disciplinate dall'art. 30 b) del testo di codificazione, in quanto orientate verso il futuro e volte a limitare il rischio di una probabile infrazione. Dall'altro, se ne differenziano, poiché richieste in assenza di una precedente violazione. La mancanza di un illecito non significa, peraltro, che garanzie analoghe non possano essere richieste anche a seguito di un comportamento dell'esecutivo incompatibile con le norme OMC, al fine di evitare il ripetersi dell'infrazione.

Per quanto concerne la forma dell'impegno, gli Stati Uniti hanno offerto una duplice garanzia, interna ed internazionale. Sul piano interno, il potere discrezionale del Rappresentante degli Stati Uniti per le questioni commerciali internazionali è stato limitato tramite un atto amministrativo (l'Enunciato delle misure amministrative "SAA") che accompagnava la legge di esecuzione dei risultati dell'Uruguay Round. Sul piano internazionale, gli Stati Uniti hanno depositato, nel corso della procedura di soluzione delle controversie, una dichiarazione ufficiale presso il panel.

Il merito di tale soluzione riposa nella sua flessibilità. In effetti, una dichiarazione effettuata davanti al panel garantisce il rispetto delle norme OMC, senza causare interferenze eccessive nell'ordinamento interno dello Stato responsabile⁶⁷.

La garanzia offerta dagli Stati Uniti nel caso *Etats-Unis- Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur*, costituisce un importante precedente non solo per l'ordinamento OMC, ma anche per l'ordinamento internazionale generale. Essa, in effetti, contribuisce ad alimentare la prassi, attualmente carente, di offerta di garanzie davanti ad un tribunale, rafforzando ulteriormente il processo di formazione, in materia, di una vera e propria norma internazionale generale⁶⁸.

mentionnés plus haut. Il s'ensuit donc que les constatations de conformité figurant dans les présentes conclusions ne seraient plus justifiées si ces engagements étaient reniés ou rompus d'une manière ou d'une autre par l'Administration des États-Unis ou une autre branche du gouvernement des États-Unis).

⁶⁷ Sull'importanza di tutelare la libertà delle parti contraenti sulla scelta dei mezzi per dare esecuzione agli obblighi OMC vedi il par. 7.98 del rapporto del panel in cui si sottolinea che «L'obligation pour les Membres de mettre leurs lois en conformité avec leurs obligations au regard de l'OMC est un élément fondamental du système et, bien qu'elle influe sur le système juridique interne des États, elle doit être rigoureusement respectée. L'exécution de cette obligation doit cependant se faire avec le moins d'ingérence possible. Il faut laisser aux Membres le maximum d'autonomie pour assurer la conformité et, s'il y a plus d'un moyen licite d'y parvenir, ils devraient avoir la faculté de choisir celui qui leur convient le mieux».

⁶⁸ A tale proposito è interessante notare che il rapporto *Etats-Unis- Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur* era stato menzionato nel corso dei lavori della CDI (vedi *Report of the*

Al tempo stesso, l'art. 30 b) del testo di codificazione può costituire un importante sussidio giuridico per i panel e l'Organo di appello, per giustificare in futuro la richiesta, formulata sotto forma di suggerimento, alle parti contraenti di offrire adeguate garanzie di non ripetizione di una violazione originata dall'esecuzione di una legge discrezionale.

International Law Commission on the work of its fifty-second session, chp. IV: State responsibility, cit., par. 87), ma non è stato citato nel commento. Probabilmente tale scelta è dovuta al fatto che le garanzie degli USA erano state offerte in assenza di una precedente violazione. Di qui la difficoltà ad includere tale esempio nel commento all'art. 30 b) che considera l'offerta di garanzie esclusivamente dal punto di vista delle conseguenze derivanti da un illecito.

Sezione II

La riparazione

La seconda sezione di questo capitolo è dedicata all'analisi delle conseguenze dell'illecito che il testo di codificazione della Commissione di diritto internazionale configura come manifestazioni dell'obbligo generale di riparazione. Esse corrispondono alla restituzione, il risarcimento e la soddisfazione⁶⁹.

L'obiettivo di questa sezione consiste nel dimostrare che tali conseguenze possono essere invocate nell'ordinamento OMC, solo se rispondono all'esigenza di restaurare la relazione giuridica esistente fra Membro leso e Membro responsabile prima che avvenisse l'illecito, mentre non creano alcun obbligo giuridico a carico delle parti contraenti, nell'ipotesi in cui siano funzionali a garantire la reintegrazione del pregiudizio scaturente dalla violazione.

2.1 La restitutio in integrum nell'ordinamento internazionale generale e nell'ordinamento OMC

Ai sensi dell'art. 35 del testo di codificazione, « L'État responsable du fait internationalement illicite a l'obligation de procéder à la restitution consistant dans le rétablissement de la situation qui existait avant que le fait illicite ne soit commis, dès lors et pour autant qu'une telle restitution: a) N'est pas matériellement impossible; b) N'impose pas une charge hors de toute proportion avec l'avantage qui dériverait de la restitution plutôt que de l'indemnisation».

Come si sottolinea nel commento a tale disposizione «la notion de restitution n'a pas de définition uniforme. Selon une définition, elle consisterait à rétablir le *statu quo ante*, c'est-à-dire la situation qui existait avant la survenance du fait illicite. Selon une autre définition, la restitution est un moyen d'établir ou de rétablir la situation qui aurait existé si le fait illicite n'avait pas été commis»⁷⁰.

⁶⁹ Vedi l'art. 34 del testo di codificazione ai sensi del quale «La réparation intégrale du préjudice causé par le fait internationalement illicite prend la forme de restitution, d'indemnisation et de satisfaction, séparément ou conjointement, conformément aux dispositions du présent chapitre».

⁷⁰ Vedi commento all'art. 35, p. 256.

La CDI ha privilegiato, per ragioni pragmatiche⁷¹, la prima definizione, facendo però salva la possibilità che la restituzione, intesa in termini restrittivi, possa comunque essere completata da un risarcimento pecuniario, in modo tale da garantire la riparazione integrale del danno causato.

La restituzione può assumere un contenuto sia materiale che giuridico. In altri termini può tradursi nella restituzione fisica di un territorio, di persone o di beni, così come nell'abrogazione, annullamento o modifica di una disposizione costituzionale, legislativa, amministrativa o nell'annullamento o riesame di una decisione giudiziaria⁷². La prestazione che lo Stato leso potrà richiedere dipenderà dal contenuto dell'obbligo primario che è stato violato⁷³.

La restituzione, alla luce dell'art. 35 del testo di codificazione, prevale sulle altre forme di riparazione elencate nell'art. 34. Essa può essere sostituita dal risarcimento pecuniario o dalla soddisfazione, solo nella misura in cui il ripristino della situazione esistente prima dell'illecito è materialmente impossibile⁷⁴ oppure eccezionalmente oneroso⁷⁵.

⁷¹ Come si sottolinea nel commento, «l'article 35 retient la définition la plus restrictive, qui a l'avantage de privilégier l'évaluation d'une situation de fait et d'éviter un examen éventuel de la situation qui aurait existé si le fait illicite n'avait pas été commis», p. 256.

⁷² *Ibidem*, p. 259.

⁷³ *Ibidem*, p. 260. La scelta delle modalità concrete per l'esecuzione dell'obbligo di restituzione dipendono non solo dal contenuto della norma primaria violata, ma anche dall'esigenza di eliminare tutti gli ostacoli che impediscono la sua esecuzione completa. Questo è quanto si desume dalla sentenza *Usine de Chorzow* in cui si afferma che «le principe essentiel, qui découle de la notion même d'acte illicite et qui semble se dégager de la pratique internationale, notamment de la jurisprudence des tribunaux arbitraux, est que la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis» (*Usine de Chorzow*, fond, 1928, C.P.J.I. série A n.17, p. 47). In realtà, nella recente sentenza *Avena*, nonostante la stessa Corte internazionale di giustizia abbia richiamato il passaggio appena citato, ha riconosciuto un certo margine di discrezionalità allo Stato responsabile per quanto concerne l'esecuzione dell'obbligo di restituzione, sottolineando che l'adeguatezza della riparazione «dépend, manifestement, des circonstances concrètes de chaque affaire ainsi que de la nature exacte et de l'importance du préjudice» (*Avena et autres ressortissants mexicains, Mexique c. Etats-Unis d'Amérique*, sentenza del 31 marzo 2004, reperibile sul sito www.wci-cij.org, par. 119, p. 47). La Corte ha quindi deliberato che «pour fournir la réparation appropriée en l'espèce, les Etats-Unis d'Amérique sont tenus d'assurer, par les moyens de leur choix, le réexamen et la révision des verdicts de culpabilité rendus et des peines prononcées contre les ressortissants mexicains (corsivo aggiunto)» (sentenza *Avena*, cit. punto 9, p. 60). Tale impostazione è stata vivamente criticata dal giudice *ad hoc* Sepúlveda, il quale ha osservato che «full reparation seems unlikely to be achieved if the ambiguity of the notion of "by means of its own choosing" remains and is not strengthened with the addition of some specific measure» (*Separate Opinion of Judge ad hoc Sepúlveda*, par. 68, p. 19).

⁷⁴ La restituzione può rilevarsi materialmente impossibile nell'ipotesi in cui i beni oggetto di protezione della norma violata sono stati definitivamente perduti o distrutti o si sono deteriorati al punto da perdere di valore. L'esistenza di ostacoli pratici o giuridici non è di per sé sufficiente per esonerare lo Stato responsabile dall'obbligo di ripristinare la situazione esistente prima dell'illecito. Al tempo stesso, non è escluso che una situazione di diritto interno possa produrre un'impossibilità materiale. Vedi a tale proposito il caso *Forêts du Rhodope central*, citato nel commento a p. 261.

⁷⁵ Nel commento all'art. 35, si precisa che quest'eccezione «est (...) fondé sur des critères d'équité et d'acceptabilité avec toutefois une préférence pour la position de l'Etat lésé chaque fois que le processus de mise en balance ne penche pas clairement en faveur de l'indemnisation plutôt que de la restitution. La mise

Le scelte effettuate dalla CDI per la codificazione dell'istituto della restituzione non sono peraltro condivise da tutta la dottrina. Alcuni autori esprimono delle perplessità sul fatto che la restituzione rivesta nella prassi un ruolo prioritario rispetto al risarcimento pecuniario. In particolare, Christine Gray sostiene che il risarcimento pecuniario e non la restituzione in forma specifica, costituisce la forma di riparazione del danno materiale più utilizzata dai tribunali arbitrali e dalla Corte internazionale di giustizia⁷⁶.

Altri autori, mettono addirittura in dubbio l'opportunità di configurare la restituzione come una forma di riparazione. In particolare, Massimo Iovane ritiene che la *restitutio in integrum* costituisce una forma di attuazione degli obblighi primari violati e non l'espressione di un obbligo secondario di riparazione del pregiudizio prodotto dalla violazione⁷⁷, dove «per pregiudizio riparabile s'intende l'evento lesivo che scaturisce dal comportamento antigiusdicco e non una generica nozione di torto che si confonde con il fatto stesso della violazione»⁷⁸. In altri termini, secondo tale autore, la restituzione contribuirebbe a *restaurare* l'ordine giuridico esistente prima dell'illecito, ma non a riparare gli effetti dannosi *secondari* scaturiti dalla violazione.

Gli esempi tratti dalla prassi cui fa riferimento il commento della CDI per illustrare l'esistenza di un obbligo di restituzione, materiale o giuridica, contribuiscono a confortare tale tesi. In effetti, «le richieste d'evacuazione di un territorio, di liberazione di ostaggi, di rilasciare navi catturate e di riconsegnare oggetti sequestrati, non mirano (...) ad ottenere alcuna riparazione del danno materiale subito dalla vittima dell'illecito, ma insistono direttamente sulla condotta antigiusdicca, cercando di eliminarla e di reprimerla»⁷⁹. La funzione di restaurazione dell'ordinamento giuridico è, infine, ancora più evidente nell'ipotesi di *restituzione giuridica*. In tutti i casi menzionati dalla CDI, afferenti a quest'ambito, in effetti, lo scopo perseguito non consiste nella riparazione dei

en balance favorise invariablement l'Etat lésé chaque fois que la non-restitution risque de mettre en danger son indépendance politique ou sa stabilité économique», *ibidem*, p. 262.

⁷⁶ «There is little, if anything, to support the primacy of *restitutio in integrum* in international arbitral practice. In any consideration of those few cases where *restitutio in integrum* was awarded it is important to distinguish between those cases where express provision for the award of *restitutio in integrum* was made in the *compromis* and those where not such provision existed. The former are not numerous enough to create a general rule of international law establishing the primacy of *restitutio in integrum*, so that it is only the latter which are significant as evidence of the existence or otherwise of the suggested general rule», C. GRAY, *Judicial Remedies in International Law*, Oxford University Press, New York, 1987, p. 13. Lo stesso autore, esprime delle perplessità sulle eccezioni previste dal testo di codificazione che consentono di sostituire la restituzione con il risarcimento, in quanto poco flessibili, vedi C. GRAY, *The Choice between Restitution and Compensation*, in *European Journal of International Law*, 1999, p. 423.

⁷⁷ M. IOVANE, *La riparazione nella teoria e nella prassi dell'illecito internazionale*, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 185-211.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 6.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 186.

danni, ma nella cessazione dell'illecito e nel «rispetto degli obblighi giuridici esistenti fra le parti mediante l'eliminazione di quegli atti che, all'interno dell'ordinamento giuridico dello Stato autore della violazione, hanno determinato la mancata esecuzione dell'obbligo internazionale in questione»⁸⁰.

È interessante notare, a tale proposito, che lo stesso relatore speciale Arangio-Ruiz associa alle due definizioni, estensiva e restrittiva, di *restitutio in integrum* riproposte nel commento all'art. 35, due distinte funzioni: «definition A views restitution in kind *stricto sensu* and *per se*. It leaves outside the concept the compensation which presumably will be due to the injured party for the loss suffered during the period elapsed during the completion of the wrongful act and thereafter until the time when the remedial action is taken. Definition B seems instead, by assigning to restitution in kind a more extended and completed remedial function, to absorb into that concept not just the re-establishment of the *status quo ante* (*restitutio in pristinum*), but also integrative compensation»⁸¹.

Il fatto che la CDI abbia deciso di accogliere la definizione restrittiva di *restitutio in integrum* ha, quindi, dei riflessi importanti sulla funzione di tale istituto. La dimensione propriamente *riparatoria* della restituzione in natura, consistente nella ricostituzione del patrimonio del soggetto leso in termini equivalenti a quelli esistenti prima del danno, risulta, in effetti, estromessa e riservata all'istituto del risarcimento pecuniario.

Se si accoglie la nozione di riparazione proposta da Iovane, intesa come reintegrazione del danno, la previsione di una relazione di carattere gerarchico fra restituzione e risarcimento risulta inappropriata. Questi due rimedi, in effetti, svolgono due funzioni distinte e non concorrenti. In particolare, la *restitutio in integrum* contribuisce a ripristinare la situazione *giuridica* esistente prima dell'illecito ed ad eliminare gli ostacoli che impediscono l'esecuzione completa degli obblighi primari violati, mentre il risarcimento svolge una funzione propriamente *riparatoria* che consiste nella ricostituzione dell'integrità patrimoniale del soggetto leso.

Il primato della restituzione rispetto al risarcimento potrebbe essere giustificato solo in virtù della sequenza logica che sussiste fra obbligo di esecuzione della norma primaria violata ed obbligo di riparazione dei danni eventuali scaturiti dall'illecito. Per il resto, non ha senso prevedere delle condizioni supplementari per il ricorso al risarcimento

⁸⁰ *Ibidem*, p. 199.

⁸¹ *Preliminary Report on State responsibility by Mr. Gaetano Arangio-Ruiz, Special Rapporteur*, Doc. A/CN.4/416 e Add.1, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1988, vol. II, Part One, p. 22, par. 67.

anziché alla restituzione, dal momento che questi due rimedi rispondono a due esigenze autonome che devono essere soddisfatte parallelamente.

Per quanto riguarda l'ordinamento OMC, l'Intesa di soluzione delle controversie non contiene alcun riferimento esplicito all'esistenza di un obbligo a carico delle parti contraenti di *restitutio in integrum*. Come è stato messo in luce nella sezione precedente, l'art. 19 dell'Intesa si limita, in effetti, a conferire ai panel ed all'Organo di appello il potere di raccomandare alla parte responsabile di rendere conforme all'accordo violato la misura dichiarata incompatibile ed eventualmente di suggerire le modalità preferibili per l'esecuzione della raccomandazione.

L'espressione *messa in conformità* è alquanto generica. Essa comporta sicuramente la cessazione dell'illecito se questo presenta un carattere continuato⁸². Al tempo stesso, non è esclusa la possibilità che tale obbligo possa implicare anche il ripristino dell'ordine giuridico esistente prima che la violazione fosse commessa. Né l'art. 19 né altre disposizioni dell'Intesa, in effetti, offrono indicazioni sulla portata prospettiva o retroattiva di questo dovere. Nella maggior parte dei casi, l'art. 19 è stato interpretato dai panel e dall'Organo di appello, nel senso d'imporre alla parte responsabile un obbligo di messa in conformità di carattere prospettivo⁸³. Talvolta, alcuni panel hanno *suggerito* di annullare la misura dichiarata incompatibile, senza però specificare se tale modalità di esecuzione della raccomandazione comportasse l'obbligo a carico della parte responsabile di eliminare le conseguenze materiali prodotte dall'atto annullato⁸⁴.

⁸² Vedi *supra*, il paragrafo 1.1

⁸³ Come ha sottolineato in un *obiter dictum* il panel, nel caso *Etats-Unis - Mesures à l'importation de certains produits en provenance des Communautés européennes*, « les mesures correctives rétroactives ne font pas partie de la pratique bien établie du GATT/de l'OMC suivant laquelle les mesures correctives ont généralement un caractère prospectif », Rapporto del panel, *Etats-Unis - Mesures à l'importation de certains produits en provenance des Communautés européennes*, WT/DS165/R, adottato il 17 luglio 2000, par. 6.106. Per quanto concerne la prassi del GATT/47, le raccomandazioni dei panel hanno avuto sempre una portata temporale *ex nunc*, fatta eccezione per sei casi in cui è stato richiesto alla parte responsabile di rimborsare i dazi antidumping o compensativi indebitamente percepiti. Vedi il rapporto *Canada-Imposition of Countervailing Duties on Import of manufacturing Beef from the EEC*, non adottato, 13 ottobre 1985, il rapporto *Unites-States-Countervailing Duties on Fresh Chilled and Frozen Pork from Canada*, GATT BISD, 38 supp. adottato l'11 luglio 1991, il rapporto *United-States-Measures Affecting Imports of Softwood Lumber from Canada*, GATT, BISD, 40 Supp. adottato il 27 ottobre 1993, at 358, il rapporto *New Zealand- Imports of Electrical Transformers from Finland*, GATT BISD (32 Supp. adottato il 18 luglio 1985), il rapporto *United-States- Antidumping Duties on Grey Portland Cement and Cement Clinker from Mexico*, ADP/82 e il rapporto *United-States- Imposition of Antidumping Duties on imports of Seamless Stainless Steel Hollow Products from Sweden*, ADP/47 (20 August 1990, citati in P.GRANÉ, *Remedies under WTO Law*, in *Journal of International Economic Law*, 2001, pp. 764-765.

⁸⁴ Vedi, a tale proposito, il rapporto *Guatemala-Enquête antidumping concernant le ciment Portland en provenance du Mexique*, WT/DS60/R, del 19 giugno 1998, in cui il Messico aveva richiesto al panel di raccomandare al Guatemala di annullare la misura antidumping dichiarata incompatibile e di rimborsare i

Infine, in un caso, il panel ha suggerito di prendere delle misure aventi chiaramente un effetto retroattivo⁸⁵.

Per quanto concerne gli accordi materiali allegati al trattato istitutivo, nessuno contempla una modalità di esecuzione delle raccomandazioni specifica, fatta eccezione per l'accordo sui sussidi e le misure compensative che all'art. 4.7 stabilisce che «S'il est constaté que la mesure en question est une subvention prohibée, le groupe spécial recommandera que le Membre qui accorde la subvention la retire sans retard. A cet égard, le groupe spécial spécifiera dans sa recommandation le délai dans lequel la mesure doit être retirée».

Panel ed Organo di appello sono stati chiamati a pronunciarsi in più di un'occasione sulla portata dell'obbligo di ritiro di sovvenzioni proibite e gli esiti di tale attività ermeneutica sono stati diversi.

La prima volta che un panel si è espresso sulla portata dell'art. 4.7 dell'accordo sui sussidi e le misure compensative è stata nel caso *Australie – Subventions accordées aux*

diritti antidumping già percepiti e il panel si è limitato a suggerire che «le Guatemala abroge la mesure antidumping appliquée aux importations de ciment mexicain» (par. 8.6), senza pronunciarsi sulla richiesta di rimborso. Vedi, in tal senso, anche il rapporto *Etats-Unis – Loi antidumping de 1916 – Plainte des Communautés européennes*, WT/DS136/R, del 31 marzo 2000, in cui il panel al par. 6.292 ha suggerito di abrogare la legge americana. Vedi, parimenti, il rapporto *Etats-Unis – Restrictions à l'importation de vêtements de dessous de coton et de fibres synthétiques ou artificielles en provenance du Costa Rica*, WT/DS24/R in cui il panel, dopo aver constatato che le misure di salvaguardia degli Stati Uniti erano incompatibili con l'accordo OMC, ha ritenuto che «la meilleure manière de réaliser cette mise en conformité et d'éviter que des avantages résultant pour le Costa Rica de l'ATV ne soient encore annulés ou compromis consiste à abroger dans les moindres délais la mesure incompatible avec les obligations des Etats-Unis. Le Groupe spécial suggère en outre que les Etats-Unis mettent la mesure contestée par le Costa Rica en conformité avec leurs obligations au titre de l'ATV en supprimant immédiatement la restriction imposée par cette mesure» (par. 8.3). Vedi, anche il rapporto *Argentine-Droits antidumping définitifs visant la viande de volaille en provenance du Brésil*, WT/DS241/R, del 23 aprile 2003, in cui il Brasile ha richiesto di suggerire all'Argentina di abrogare la Risoluzione n. 574/2000 che imponeva delle misure antidumping contrarie all'accordo OMC e il panel ha affermato che «Compte tenu de la nature et de l'ampleur des violations dans la présente affaire, nous ne voyons pas comment l'Argentine pourrait dûment mettre en œuvre notre recommandation sans annuler la mesure antidumping en cause dans le présent différend (corsivo aggiunto)» par. 8.7.

⁸⁵ Vedi il rapporto *Inde – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, WT/DS79/R, del 24 agosto 1998, in cui il panel dopo aver constatato che l'India aveva violato l'accordo TRIPS, non avendo istituito un meccanismo volto a preservare la novità e priorità delle domande di brevetto per l'invenzione di prodotti farmaceutici e chimici per l'agricoltura durante il periodo di transizione previsto dall'art. 65 dell'accordo, non solo ha raccomandato «que l'Organe de règlement des différends demande à l'Inde de mettre son régime transitoire de protection par un brevet des produits pharmaceutiques et des produits chimiques pour l'agriculture en conformité avec ses obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC», ma ha anche suggerito «que, en établissant un mécanisme qui préserve la nouveauté et la priorité en ce qui concerne les demandes de brevet de produit pour les inventions de produits pharmaceutiques et de produits chimiques pour l'agriculture pendant la période de transition, l'Inde tienne compte des intérêts des personnes qui auraient déposé des demandes de brevet si un mécanisme approprié avait été maintenu après la venue à expiration de l'Ordonnance de 1994 sur les brevets ainsi que de celles qui ont déjà déposé de telles demandes en vertu de cette Ordonnance ou des pratiques administratives en vigueur» (par. 8.2).

*producteurs et exportateurs de cuir pour automobiles. Recours des Etats-Unis à l'article 21:5 du mémorandum d'accord sur le règlement des différends*⁸⁶.

Nel caso di specie, gli Stati Uniti ritenevano che l'Australia non si era conformata alla raccomandazione del rapporto del panel *Australie – Subventions accordées aux producteurs et exportateurs de cuir pour automobiles*⁸⁷, dal momento che non aveva ritirato la “porzione prospettiva” degli aiuti accordati che erano stati dichiarati illegittimi, ovvero la porzione di aiuti erogati dopo l'adozione del rapporto.

L'Australia, dal canto suo, riteneva che l'obbligo previsto dall'art. 4.7 non comportava il rimborso dei fondi versati, ma semplicemente l'interruzione del rapporto contrattuale con l'ente beneficiario delle sovvenzioni vietate. In altri termini, sia gli Stati Uniti che l'Australia erano concordi nell'attribuire una valenza prospettiva all'obbligo previsto dall'art. 4.7, ma avevano opinioni divergenti per quanto concerneva il contenuto del comportamento che doveva essere posto in essere per garantire il ritiro delle sovvenzioni proibite.

Il panel, invece, attraverso un'analisi testuale, contestuale e teleologica dell'art. 4.7 è giunto alla conclusione che il ritiro della sovvenzione comportava il rimborso degli aiuti proibiti erogati sia prima che dopo l'adozione del rapporto originario. Secondo il panel, in effetti, una lettura prospettiva del rimedio stabilito dall'art. 4.7, avrebbe privato di efficacia il divieto assoluto previsto all'art. 3.2 d'istituire e *maintenere* i sussidi indicati all'art. 3.1⁸⁸.

Quest'interpretazione ha suscitato reazioni fortemente negative presso i membri dell'Organizzazione mondiale del commercio, che hanno considerato il rapporto del panel «as a one-time aberration of no precedential value»⁸⁹. Di conseguenza, nei

⁸⁶ Rapporto del panel, *Australie – Subventions accordées aux producteurs et exportateurs de cuir pour automobiles, Recours des Etats-Unis à l'article 21:5 du mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS126/RW, 21 gennaio 2000.

⁸⁷ Rapporto del panel, *Australie – Subventions accordées aux producteurs et exportateurs de cuir pour automobiles*, WT/DS126/R, adottato il 16 giugno 1999.

⁸⁸ «Si nous acceptons de conclure que l'expression “retirer la subvention” n'englobe pas le remboursement, cette recommandation, loin d'établir une mesure corrective en cas de violation de l'article 3.1 a) de l'Accord SMC, disculperait alors pleinement les Membres qui accordent des subventions à l'exportation qui sont intégralement versées au bénéficiaire avant qu'une recommandation visant à retirer la subvention ne soit formulée dans le cadre d'une procédure de règlement des différends et pour lesquelles la subordination aux exportations se situe entièrement dans le passé. Nous ne croyons pas que les rédacteurs de l'Accord SMC auraient établi à l'article 3.1 a) la prohibition stricte des subventions subordonnées aux résultats à l'exportation, y compris les subventions ponctuelles subordonnées en fait aux résultats à l'exportation, si c'était pour affaiblir cette prohibition en prévoyant une mesure corrective qui est inefficace dans le cas de telles subventions», *ibidem*, par. 6.49.

⁸⁹ Vedi il verbale dell'incontro dell'Organo di soluzione delle controversie dell'11 febbraio 2000, WT/DSB/M/75, p.8, citato in G.GOH e A.R.ZIEGLER, *Retrospective Remedies in the WTO after Automotive Leather*, in *Journal of International Economic Law*, 2003, p. 545.

rapporti successivi, aventi per oggetto il mancato rispetto dell'art. 4.7, panel ed Organo di appello sono stati più cauti.

Sia nei casi *Brésil – programme de financement des exportations pour les aéronefs- Recours du Canada à l'article 21:5 du mémorandum d'accord sur le règlement des différends*⁹⁰ e *Canada - Mesures visant l'exportation des aéronefs civils - Recours du Brésil à l'article 21.5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*⁹¹, che nel caso *États-Unis – Traitement fiscal des "sociétés de ventes à l'étranger" - Recours des Communautés européennes à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*⁹², si sono, in effetti, limitati a verificare se le sovvenzioni proibite erano, in seguito all'adozione dei rapporti originari, cessate. In particolare, nella controversia avente per oggetto le sovvenzioni versate dal Canada e dal Brasile nel settore aereo, panel ed Organo di appello hanno semplicemente verificato se le misure prese dalla parte responsabile per conformarsi alle raccomandazioni previste nei rapporti originari comportavano a loro volta l'erogazione di sovvenzioni proibite, senza stabilire un obbligo esplicito di rimborso degli aiuti già versati. Essi non hanno escluso espressamente la possibilità che l'art. 4.7 potesse avere un'efficacia retroattiva, ma non si sono pronunciati su tale aspetto dal momento che le parti alla controversia avevano richiesto loro esclusivamente di verificare se le sovvenzioni proibite continuavano ad essere erogate⁹³.

⁹⁰ Rapporto del panel *Brésil - Programme de financement des exportations pour les aéronefs, recours du Canada à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS46/RW, del 9 maggio 2000 e il corrispondente rapporto dell'Organo di appello, WT/DS46/AB/RW, del 21 luglio 2000.

⁹¹ Rapporto del panel *Canada - Mesures visant l'exportation des aéronefs civils - Recours du Brésil à l'article 21.5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS70/RW, del 9 maggio 2000 e il corrispondente rapporto dell'Organo di appello, WT/DS70/AB/RW, del 21 luglio 2000.

⁹² Rapporto del panel *États-Unis – Traitement fiscal des "sociétés de ventes à l'étranger" - Recours des Communautés européennes à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS108/RW, del 20 agosto 2001 e il corrispondente rapporto dell'Organo di appello, WT/DS108/AB/RW, del 14 gennaio 2002.

⁹³ Vedi in particolare il par. 6.8 del rapporto del panel *Brésil - Programme de financement des exportations pour les aéronefs, recours du Canada à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*: «La question que le Canada nous a soumise consiste à savoir si le fait de continuer à émettre des obligations NTN-I en vertu d'engagements contractés avant le 18 novembre 1999, à des conditions dont le Groupe spécial et l'Organe d'appel ont constaté qu'elles donnaient lieu à une subvention à l'exportation prohibée, est incompatible avec l'obligation que le Brésil a de retirer les subventions à l'exportation en question. Par conséquent, nous n'avons pas, aux fins du présent différend, à élaborer une interprétation générale de la portée de l'obligation de "retirer" une subvention prohibée. Il suffit de conclure – et le Brésil ne le conteste pas – qu'un Membre ne peut pas être réputé avoir retiré des subventions prohibées s'il n'a pas cessé d'agir d'une manière incompatible avec l'Accord sur l'OMC en ce qui concerne ces subventions. Nous sommes donc d'avis que la recommandation de l'ORD visant à ce que le Brésil retire les subventions prohibées en question inclut indéniablement l'obligation pour lui de cesser d'enfreindre l'Accord SMC à la fin de la période de mise en œuvre concernant les mesures en question» e il par. 5.10 del rapporto *Canada - Mesures visant l'exportation des aéronefs civils - Recours du Brésil à l'article 21.5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS70/RW, cit., : «Nous rappelons que des différends au titre

Un'impostazione analoga è stata seguita nel caso *États-Unis-Traitement fiscal des "sociétés de ventes à l'étranger" - Recours des Communautés européennes à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, dove è stato precisato che l'obbligo di cessazione delle sovvenzioni allo scadere del periodo previsto dal rapporto originario è assoluto e non sono ammesse deroghe per proteggere gli interessi contrattuali delle parti private⁹⁴.

Nel complesso, sia panel che Organo di appello hanno preferito non pronunciarsi sulla questione delicata della portata retroattiva dell'obbligo di ritiro delle sovvenzioni previsto dall'art. 4.7 facendo leva sul principio *ne ultra petita*⁹⁵. Resta per altro da valutare quale potrebbe essere la loro reazione nell'ipotesi in cui, in futuro, una delle parti alla controversia, richieda espressamente che le sovvenzioni proibite che sono state versate prima dell'adozione del rapporto originario, vengano rimborsate.

Tenuto conto che esiste solamente un precedente, fortemente contestato dalle parti contraenti, in materia, e che l'interpretazione testuale e contestuale dell'art. 4.7 non offre indicazioni univoche, panel ed Organo di appello potrebbero dare seguito alla richiesta della parte attrice, facendo valere nel quadro dell'ordinamento OMC l'obbligo di diritto internazionale generale di *restitutio in integrum*.

Naturalmente perché questo avvenga è necessario prima di tutto appurare se tale regola può spiegare i propri effetti giuridici nel quadro dell'ordinamento OMC.

de l'article 21:5 surgissent "[d]ans les cas où il y [a] désaccord au sujet de l'existence ou de la compatibilité avec un accord visé de mesures prises pour se conformer aux recommandations et décisions" de l'ORD. Comme il n'y a pas de désaccord entre les parties quant au fait que, pour mettre en œuvre la recommandation de l'ORD concernant l'aide du PTC au secteur canadien des aéronefs de transport régional, le Canada est tenu de prendre une mesure prospective d'une sorte ou d'une autre, nous ne jugeons pas nécessaire de donner une interprétation complète de ce qui est requis pour qu'un Membre s'employant à une telle mise en œuvre "retire" une subvention à l'exportation prohibée. Il suffit au contraire de conclure (et nous notons que les parties semblent en convenir) qu'un Membre ne peut pas être considéré comme ayant retiré une subvention prohibée s'il n'a pas cessé d'accorder cette subvention, car alors ce Membre n'aurait pas cessé de manquer à ses obligations au regard de l'OMC en ce qui concerne une telle subvention». Vedi in tal senso anche il rapporto dell'Organo di appello, *Canada - Mesures visant l'exportation des aéronefs civils - Recours du Brésil à l'article 21.5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, cit., par. 33.

⁹⁴ « L'obligation incombant à un Membre au titre de l'article 4.7 de l'Accord SMC de retirer les subventions prohibées "sans retard" n'est pas affectée par les obligations contractuelles que le Membre peut lui-même avoir assumées en vertu du droit interne », rapporto dell'Organo di appello, *États-Unis-Traitement fiscal des "sociétés de ventes à l'étranger" - Recours des Communautés européennes à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, cit., par. 176.

⁹⁵ Vedi G.GOH e A.R.ZIEGLER, *Retrospective Remedies in the WTO after Automotive Leather*, cit., p. 551.

Se si accoglie la nozione di regime speciale fatta propria da Garcia-Rubio o da Joost Pauwelyn⁹⁶, per stabilire se tale regola internazionale può spiegare i propri effetti giuridici nel quadro del regime speciale dell'OMC, sarà sufficiente verificare, conformemente al principio *lex specialis derogat legi generali*, che le singole norme degli accordi OMC non introducano deroghe a tale principio.

Tenuto conto che l'art. 19 dell'Intesa prevede un obbligo generico di messa in conformità e che l'art. 4.7 dell'accordo sulle sovvenzioni pubbliche e le misure compensative non esclude la possibilità che sia ripristinata la situazione esistente prima che le sovvenzioni proibite fossero erogate, si potrebbe giungere alla conclusione che le parti contraenti sono tenute in virtù dell'obbligo generale di *restitutio in integrum*, quale risulta codificato, nell'art. 35 del testo della CDI, a cancellare tutte le conseguenze prodotte dalla violazione non solo dell'art. 3.1 dell'accordo sulle sovvenzioni, ma di tutte le disposizioni degli accordi OMC. Tale interpretazione però non trova conferma nella prassi. In effetti, l'art. 19 è stato costantemente interpretato nel senso di comportare l'obbligo di adottare solamente le misure funzionali a garantire l'*esecuzione* delle norme OMC, e non il dovere aggiuntivo di *riparare* le conseguenze causate da tali violazioni.

Se si accoglie invece la nozione di ordinamento particolare elaborata nel primo capitolo, le norme dell'ordinamento internazionale generale possono spiegare i loro effetti nel quadro dell'ordinamento particolare OMC, solo nell'ipotesi in cui, fatta salva l'assenza di deroghe esplicite, siano funzionali, in virtù del principio di competenza, a tutelare gli interessi specifici di tale sistema giuridico. In altri termini, l'obbligo di diritto internazionale di restituzione specifica può spiegare i propri effetti nel quadro dell'OMC solo nella misura in cui sia funzionale a favorire l'osservanza delle norme di quest'ordinamento.

Da questo punto di vista, l'istituto della *restitutio*, tale quale risulta codificato all'art. 35 del testo della CDI, non soddisfa tale condizione. In effetti, esso, in quanto modalità specifica dell'obbligo di riparazione, risponde ad una finalità compensatrice che è estranea all'ordinamento OMC.

Al tempo stesso, se si legge l'obbligo di *restitutio*, come propone Iovane, come uno strumento di garanzia per la corretta esecuzione delle norme violate, l'esigenza propria del sistema OMC di favorire il rispetto della legalità è soddisfatta, e tale norma può, quindi, a giusto titolo essere invocata, a titolo sussidiario, per colmare le lacune

⁹⁶ Vedi il par. 1.4 del primo capitolo.

dell'OMC. In particolare, il suo carattere sussidiario comporta che possa essere richiesta solo nell'ipotesi in cui l'obbligo di mera cessazione dell'illecito, desumibile dall'art. 19 dell'Intesa, sia di per sé insufficiente a garantire la corretta esecuzione delle norme OMC violate⁹⁷. La *restitutio*, in altri termini, potrà essere invocata, solo qualora l'avvenuta violazione ha prodotto conseguenze che si riflettono sull'esecuzione futura delle norme e ne impediscono la corretta e piena attuazione. A tale proposito, le pratiche cosiddette di "*hit and run*" costituiscono un ottimo esempio di illecito in cui l'obbligo di cessazione non offre una garanzia sufficiente per la corretta esecuzione delle norme OMC. In effetti, in questo caso, tenuto conto che l'illecito non è continuato e l'obbligo di cessazione non può essere invocato, l'unico modo per indurre la parte responsabile ad evitare di ripetere tale comportamento, consisterà nell'obbligo di cancellare le conseguenze della violazione passata⁹⁸.

Quest'applicazione "selettiva" dell'obbligo di *restitutio* quale strumento di garanzia di esecuzione delle norme OMC è confermata dal rapporto *Inde - Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*⁹⁹, in cui il panel aveva richiesto all'India di predisporre un meccanismo per la protezione dei brevetti per l'invenzione di prodotti farmaceutici e chimici per l'agricoltura, avente una portata retroattiva. In questo caso, in effetti, la cessazione dell'illecito, ovvero la fine dell'omissione, non era di per sé sufficiente per garantire la piena applicazione dell'art. 65 dell'accordo TRIPs nel periodo transitorio. Di qui l'esigenza di cancellare le conseguenze dell'omissione che avevano riflessi sulla tutela futura dei diritti di brevetto, attraverso un'estensione del meccanismo di tutela che sarebbe stato predisposto in futuro anche alle richieste di brevetto depositate a partire dal 1994.

⁹⁷ Naturalmente l'obbligo di *restitutio* potrà essere richiesto solo qualora sia materialmente possibile. Vedi, a tale proposito, il caso *Trondheim, cit.*, in cui l'annullamento del contratto di appalto per la costruzione di un sistema di pedaggio che era stato concluso in violazione dell'accordo sugli appalti pubblici non era materialmente possibile dal momento che quando il panel era stato chiamato a pronunciarsi, il sistema era già stato realizzato.

⁹⁸ Vedi in tal senso, P.MAVROIDIS, *Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place, cit.*, p. 783 così come il panel *Australie - Subventions accordées aux producteurs et exportateurs de cuir pour automobiles, Recours des Etats-Unis à l'article 21:5 du mémorandum d'accord sur le règlement des différends, cit.*, al par. 6.35 in cui si afferma che «Nous pensons qu'il nous incombe d'interpréter l'expression "retirer la subvention" de façon à lui donner un sens effectif. Une constatation selon laquelle l'expression "retirer la subvention" ne pourrait pas englober le remboursement soulèverait de graves questions à propos de l'efficacité de la mesure corrective dans les affaires concernant des subventions prohibées versées de façon ponctuelle par le passé et qui peuvent être conservées sans que cela soit subordonné aux résultats à l'exportation futurs».

⁹⁹ Vedi, *infra*, nota 85.

2.2 Il risarcimento nell'ordinamento internazionale e nell'ordinamento OMC

Ai sensi dell'art. 36 del testo di codificazione, «1. L'État responsable du fait internationalement illicite est tenu d'indemniser le dommage causé par ce fait dans la mesure où ce dommage n'est pas réparé par la restitution. 2. L'indemnité couvre tout dommage susceptible d'évaluation financière, y compris le manque à gagner dans la mesure où celui-ci est établi».

In altri termini, il risarcimento monetario ha come finalità la riparazione della componente materiale del danno scaturito dall'illecito¹⁰⁰. Da questo punto di vista, si differenzia dalla soddisfazione che ha come finalità la riparazione del pregiudizio morale derivante dalla violazione internazionale¹⁰¹.

Il risarcimento pur rivestendo, in base al testo di codificazione, un ruolo sussidiario rispetto alla restituzione specifica¹⁰², costituisce la forma di riparazione più utilizzata nella prassi. Esso comprende qualunque pregiudizio suscettibile di valutazione finanziaria subito dallo Stato leso, direttamente,¹⁰³ o indirettamente, a causa dei danni subiti dai suoi cittadini¹⁰⁴.

Per quanto concerne i criteri d'identificazione e di quantificazione del danno materiale, il testo di codificazione non offre indicazioni aventi portata generale. Il commento all'art. 36 si limita, in effetti, ad illustrare una serie di metodi di calcolo utilizzati nei vari settori della prassi internazionale prendendo atto del fatto che i principi di valutazione dei danni materiali suscettibili di riparazione «varient selon le contenu des obligations primaires en

¹⁰⁰ Il risarcimento monetario avendo come unica finalità la riparazione delle perdite patrimoniali derivanti dalla violazione non può comportare la richiesta di una somma di denaro superiore al valore del danno materiale arrecato, quale elemento deterrente o punitivo nei confronti dello Stato responsabile. Vedi il commento all'art. 36, p. 264.

¹⁰¹ Questo principio ha conosciuto peraltro delle eccezioni. Ad esempio nel caso *Nuova Zelanda contro Francia*, il tribunale arbitrale ha richiesto il pagamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento pecuniario per la riparazione di un pregiudizio morale. Vedi P.-M. DUPUY, *Droit international public*, Dalloz, Paris, 2002, p. 488.

¹⁰² Vedi il commento all'art. 36 in cui si sottolinea che «La restitution, malgré sa primauté sur le plan des principes juridiques, est souvent indisponible ou inadaptée. Elle peut être partiellement ou entièrement exclue, soit sur la base des exceptions énoncées à l'article 35, soit parce que l'État lésé préfère obtenir réparation sous la forme d'une indemnisation, soit encore pour d'autres raisons. Même lorsque la restitution est possible, elle peut être insuffisante pour assurer la réparation intégrale. L'indemnisation a pour rôle de combler les lacunes éventuelles, de manière à assurer une réparation complète des préjudices subis», p. 263.

¹⁰³ Una violazione internazionale arreca danni diretti a carico dello Stato quando produce lesioni che colpiscono beni e mezzi di proprietà pubblica, ad esempio quando provoca l'abbattimento di un aereo, l'affondamento di una nave, l'attacco ai locali ed al personale di un'ambasciata, oppure dei danni ambientali.

¹⁰⁴ I danni subiti dalle persone fisiche e giuridiche dello Stato leso suscettibili di essere indennizzati dallo Stato responsabile comprendono non solo le perdite materiali subite da essi, ma anche i pregiudizi non patrimoniali come la perdita di una persona cara.

cause, l'appréciation des comportements respectifs des parties et, plus généralement, le souci de parvenir à une solution équitable et acceptable»¹⁰⁵.

In generale, il risarcimento monetario comprende il danno emergente (*quantum mihi abest*), ossia la perdita patrimoniale, il lucro cessante (*quantum lucrari potui*), ossia la perdita dei profitti che ci sarebbero stati se l'illecito non fosse stato commesso, nonché le spese accessorie eventualmente necessarie per apportare rimedio al danno o attenuare le perdite derivanti dalla violazione.

L'entità del risarcimento dovuto può, inoltre, essere integrata da una somma di denaro ulteriore funzionale a coprire gli interessi dello Stato creditore. Il versamento di una somma volta a coprire gli interessi della somma dovuta a titolo di riparazione non è comunque una componente necessaria del risarcimento. Come si sottolinea nel commento all'art. 38, «bien que la jurisprudence comme la pratique tendent à faire des intérêts un élément de la réparation intégrale, on ne peut pas dire que l'État lésé ait automatiquement droit à des intérêts. L'allocation d'intérêts dépend des circonstances de chaque espèce, et surtout de la question de savoir si elle est nécessaire aux fins de la réparation intégrale»¹⁰⁶.

Le caratteristiche dell'obbligo generale di risarcimento monetario, quale risultano codificate nel testo della CDI, sono condivise da buona parte della dottrina, fatta eccezione per alcuni autori ¹⁰⁷ che, come abbiamo messo in luce nel paragrafo precedente, ritengono che il risarcimento costituisce la principale forma di riparazione e che, in quanto tale, non deve essere subordinato alla restituzione. M. Iovane è l'unico a mettere in discussione l'esistenza stessa di un obbligo di risarcimento per equivalente dalla portata generale. Secondo tale autore, in effetti, la prassi non conforta l'esistenza di un obbligo generale di risarcimento dei danni materiali derivante dalla violazione di un *qualunque* illecito internazionale¹⁰⁸. Egli, peraltro, non nega in termini assoluti, l'esistenza di una norma di risarcimento per equivalente, ma, alla luce di un esame attento della prassi, ritiene che la portata di quest'obbligo secondario è più circoscritta di quella prevista dal testo di codificazione. In particolare, secondo Iovane, «lo Stato, il quale abbia violato un qualsiasi obbligo primario internazionale, è tenuto a risarcire per equivalente i soli danni costituiti da distruzioni materiali di beni o mezzi dello Stato

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 266.

¹⁰⁶ Commento all'art. 38, p. 293.

¹⁰⁷ Vedi C. GRAY, *Judicial Remedies in International Law*, cit., p. 13.

¹⁰⁸ M. IOVANE, *La riparazione nella teoria e nella prassi dell'illecito internazionale*, cit., p. 228.

vittima dell'illecito, ovvero da lesioni provocate alla persona o ai beni dei suoi sudditi ed organi. I danni, cioè, che, in ragione delle modalità con cui è stata effettuata la violazione di volta in volta commessa, risultano cagionati da comportamenti violenti ed implicant l'uso della forza»¹⁰⁹. In tutti gli altri casi, il risarcimento monetario è stato effettuato a titolo grazioso senza che fosse fatta valere l'esistenza di un obbligo generale di riparazione a carico dello Stato responsabile, oppure al fine di eseguire la norma violata, essendo il risarcimento per equivalente parte integrante del contenuto di specifiche regole primarie internazionali¹¹⁰.

Per quanto riguarda l'ordinamento OMC, l'art. 3.7 dell'Intesa stabilisce che: «En l'absence d'une solution mutuellement convenue, le mécanisme de règlement des différends a habituellement pour objectif premier d'obtenir le retrait des mesures en cause, s'il est constaté qu'elles sont incompatibles avec les dispositions de l'un des accords visés. Il ne devrait être recouru à l'octroi d'une compensation que si le retrait immédiat de la mesure en cause est irréalisable, et qu'à titre temporaire en attendant le retrait de la mesure incompatible avec un accord visé».

L'art. 22, a sua volta, precisa che: « 1. La compensation et la suspension de concessions ou d'autres obligations sont des mesures temporaires auxquelles il peut être recouru dans le cas où les recommandations et décisions ne sont pas mises en oeuvre dans un délai raisonnable. Toutefois, ni la compensation ni la suspension de concessions ou d'autres obligations ne sont préférables à la mise en oeuvre intégrale d'une recommandation de mettre une mesure en conformité avec les accords visés. La compensation est volontaire et, si elle est accordée, elle sera compatible avec les accords visés. 2. Si le Membre concerné ne met pas la mesure jugée incompatible avec un accord visé en conformité avec ledit accord ou ne respecte pas autrement les recommandations et décisions dans le délai raisonnable déterminé conformément au paragraphe 3 de l'article 21, ce Membre se prêtera, si demande lui en est faite et au plus tard à l'expiration du délai raisonnable, à des négociations avec toute partie ayant invoqué les procédures de règlement des différends, en vue de trouver une compensation mutuellement acceptable. Si aucune compensation satisfaisante n'a été convenue dans les 20 jours suivant la date à laquelle le délai raisonnable sera venu à expiration, toute partie ayant invoqué les procédures de règlement des différends pourra demander à l'ORD l'autorisation de suspendre, à l'égard

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 306.

¹¹⁰ *Ibidem*, pp. 233-303.

du Membre concerné, l'application de concessions ou d'autres obligations au titre des accords visés».

L'Intesa, in altri termini, contempla la possibilità che sia versato un risarcimento quale conseguenza derivante dalla violazione di una norma dell'OMC. Tale istituto presenta però caratteristiche estremamente diverse da quelle che contraddistinguono l'obbligo di risarcimento per equivalente previsto dal diritto internazionale generale. In primo luogo il risarcimento, nel quadro dell'OMC, non costituisce un obbligo giuridico. Esso è volontario, in quanto concesso solo nell'ipotesi in cui la parte lesa abbia raggiunto un accordo con la parte responsabile. In secondo luogo, il risarcimento è temporaneo, ovvero deve essere accordato solamente fin tanto che la parte responsabile non abbia preso le misure appropriate per conformarsi agli accordi OMC violati. Di conseguenza, è possibile richiedere un risarcimento solamente nei confronti di illeciti continuati e non di violazioni che sono cessate prima dell'adozione del rapporto del panel o dell'Organo di appello. Infine, il risarcimento quale risulta dagli articoli 3.7 e 22.1 e 22.2 dell'Intesa, è funzionale non tanto a riparare i danni materiali subiti dalla parte lesa, quanto ad indurre la parte responsabile ad osservare le norme primarie violate. La portata del risarcimento quindi non sarà necessariamente equivalente al pregiudizio economico arrecato alla parte lesa, ma sarà pari ad un livello accettabile per entrambe le parti che soddisfi l'esigenza di porre fine alla violazione.

Finora, solamente la Comunità e gli Stati Uniti si sono avvalsi di tale strumento, nel quadro della controversia *États-Unis – Article 110 5) de la Loi des États-Unis sur le droit d'auteur* (WT/DS160). In particolare, in seguito all'adozione del rapporto del panel *États-Unis – Article 110 5) de la Loi des États-Unis sur le droit d'auteur*¹¹¹ in base al quale gli Stati Uniti erano tenuti a modificare l'art. 110 5) della Legge sui diritti d'autore del 1998 in modo tale da renderla conforme all'accordo TRIPs, gli USA e la Ce hanno deciso di istituire un arbitro, conformemente all'art. 25 dell'Intesa, per la definizione del livello di annullamento e riduzione dei vantaggi subiti dalla Ce per la violazione commessa dagli Stati Uniti. Dopo di che, tenendo conto delle indicazioni offerte dall'arbitro, hanno concluso un accordo temporaneo che prevede il versamento da parte degli USA di 3,3 milioni di dollari all'anno in favore della Comunità¹¹².

¹¹¹ Rapporto del panel *États-Unis – Article 110 5) de la Loi des États-Unis sur le droit d'auteur*, WT/DS160/R, adottato il 27 luglio 2000.

¹¹² *États-Unis – article 110 5) de la loi des États-Unis sur le droit d'auteur. Notification d'un arrangement temporaire mutuellement satisfaisant*, WT/DS160/23, 26 giugno 2003.

I criteri seguiti dall'arbitro per calcolare l'ammontare dei danni subiti dalla Ce presentano delle analogie con quelli indicati nel commento all'art. 36 del testo di codificazione. In entrambi i casi, in effetti, nel valutare la portata dei mancati guadagni si privilegia un approccio prudente, fondato su elementi di fatto e non meramente speculativi, al fine di stabilire un nesso di causalità il più possibile certo fra perdita di profitti ed illecito¹¹³.

Le analogie per altro si esauriscono qui. In effetti, nell'accordo successivo concluso dalle parti l'ammontare di danni subiti dalla Ce su base annua calcolato dall'arbitro è stata utilizzato per imporre agli Stati Uniti l'obbligo di risarcire la Ce dei danni *prospettivi* subiti a partire dalla data di scadenza imposta dal panel originario per porre fine alla violazione, per un arco di tempo successivo di tre anni, mentre non sono stati rivendicati i danni precedenti scaturiti a partire dal momento in cui la legge sui diritti di autore è entrata in vigore¹¹⁴.

Tutte le caratteristiche appena elencate fanno del risarcimento uno strumento volto ad indurre la parte responsabile a porre fine all'illecito piuttosto che un mezzo per riparare il pregiudizio economico derivante dalla violazione. Per quanto concerne la sua funzione, quindi, il risarcimento è più facilmente assimilabile all'istituto internazionale delle contromisure che non al risarcimento per equivalente. Non a caso l'Intesa disciplina la

¹¹³ In particolare, gli arbitri hanno respinto la richiesta della CE di misurare i mancati guadagni derivanti dalla violazione dell'accordo TRIPs, calcolando i profitti che i detentori dei diritti esclusivi d'autore avrebbero potuto «potentiellement réaliser» (vedi *Etats-Unis – Article 110 5) de la loi sur le droit d'auteur. Recours a l'arbitrage au titre de l'article 25 du memorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS160/ARB25/1, 9 novembre 2001, par. 3.21), se gli Stati Uniti si fossero conformati all'accordo TRIPs, ed hanno privilegiato un approccio più prudente consistente nel valutare i vantaggi economici che i cittadini della Ce *di fatto* avrebbero potuto trarre, in assenza della violazione. A tale proposito, «ils considèrent (...) que la manière la plus appropriée d'évaluer le niveau des avantages des CE annulés ou compromis est de déterminer ce que les détenteurs de droits des CE recevaient avant l'application de la modification de 1998 – parce que des chiffres antérieurs sont disponibles pour cette période – et de faire les ajustements appropriés pour tenir compte de l'évolution du marché des États-Unis dans le secteur considéré» (par. 4.10). La scelta di questo metodo, in effetti, «a (...) l'avantage de limiter le nombre de suppositions nécessaires» (par. 4.8). Un approccio cauto nell'accordare un risarcimento per coprire il lucro cessante emerge anche nella prassi internazionale. Si veda a tale proposito il commento all'art. 36 in cui si sottolinea che «des indemnités accordées pour manque à gagner ont été dans la pratique moins courantes que celles accordées pour les pertes comptabilisées émaillées d'éléments relevant foncièrement du domaine de la spéculation (...) Des indemnités pour perte de profits futurs ont été accordées dans les cas où un flux de revenu anticipé avait acquis des caractéristiques telles qu'il pouvait être considéré comme constituant un intérêt juridiquement protégé suffisamment sûr pour donner lieu à indemnisation». Vedi il Commento all'art. 36, p. 279.

¹¹⁴ Vedi in particolare i punti 1 e 2 dell'accordo in cui si stabilisce che «Les États-Unis procéderont à un versement unique d'un montant de 3,3 millions de dollars EU (le "Versement") (...) Le Versement fait office d'arrangement temporaire mutuellement satisfaisant concernant le différend, pour la période de trois ans commençant le 21 décembre 2001», ovvero la data di scadenza per conformarsi alla raccomandazione del rapporto del panel *Etats-Unis – Article 110 5) de la Loi des États-Unis sur le droit d'auteur*.

sospensione delle concessioni commerciali nel medesimo articolo dedicato al risarcimento e l'accordo concluso fra Stati Uniti e Comunità mette in stretta correlazione questi due istituti, riconoscendo alla Comunità la possibilità di richiedere l'istituzione di un arbitro per la definizione del livello di concessioni da sospendere, nell'ipotesi in cui la somma concordata non sia di fatto versata o qualora, scaduti i tre anni, gli Stati Uniti non abbiano modificato la legge del 1998 sui diritti d'autore al fine di renderla conforme con l'accordo TRIPs¹¹⁵.

Tenuto conto che la funzione di riparazione dei danni economici difficilmente può essere soddisfatta dal risarcimento quale risulta disciplinato dagli articoli 3.7 e 22, resta da valutare se l'obbligo internazionale di riparazione per equivalente può essere ugualmente fatto valere nel quadro dell'ordinamento OMC, quale conseguenza aggiuntiva rispetto a quelle previste espressamente dall'Intesa. A tale proposito, se si accoglie la definizione restrittiva di risarcimento proposta da Iovane, risulta difficile ipotizzare l'insorgere di un obbligo di questo tipo nel quadro dell'OMC. In effetti, secondo tale autore, come è stato messo in luce prima, è possibile attestare l'esistenza di un vero e proprio obbligo consuetudinario di riparazione dei danni materiali scaturiti dall'illecito, solamente nell'ipotesi in cui il pregiudizio sia cagionato da un comportamento violento che comporta l'uso della forza. Tenuto conto che i comportamenti che possono dare luogo alla violazione delle norme OMC, consistono nell'adozione o esecuzione di misure legislative o amministrative incompatibili con gli obblighi OMC e non in azioni violente implicanti l'uso della forza¹¹⁶, l'obbligo internazionale di risarcimento non potrebbe spiegare i propri effetti giuridici nell'ordinamento OMC, dal momento che panel ed Organo di appello non sarebbero neppure competenti ad esaminare le condotte suscettibili di produrre tale obbligo.

Se, invece, si accoglie la nozione lata di risarcimento prevista dal testo di codificazione, l'obbligo di risarcimento pecuniario sussiste in tutti i casi in cui è stato prodotto un danno materiale derivante da un *qualunque* illecito internazionale, ivi compresa la violazione, sotto qualsiasi forma, di una norma OMC. In tal caso, resterà comunque da valutare se

¹¹⁵ Vedi il punto 3 dell'accordo che prevede che « Sauf s'il en est convenu autrement, à tout moment après la fin de la période de trois ans visée au paragraphe 2, ou dans le cas où les États-Unis ne procéderaient pas au Versement dans un délai de 45 jours à compter de la date à laquelle les Communautés européennes leur auront notifié par écrit que le Fonds a été établi, les CE pourront demander que la procédure d'arbitrage engagée au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord soit réactivée ».

¹¹⁶ Vedi l'art. XVI, par. 4 dell'accordo istitutivo dell'OMC in cui sono definite le modalità di esecuzione delle norme OMC: « Chaque Membre assurera la conformité de ses lois, réglementations et procédures administratives avec ses obligations telles qu'elles sont énoncées dans les Accords figurant en annexe ».

l'obbligo internazionale di risarcimento è suscettibile di spiegare i propri effetti nel quadro dell'OMC.

Se si privilegia la nozione di regime speciale suggerita da Garcia Rubio e da Pauwelyn, l'obbligo generale di risarcimento, in quanto regola internazionale generale spiegherà pienamente i suoi effetti nel quadro dell'OMC, a meno che le singole norme speciali OMC non prevedano delle deroghe. Entrambi gli autori, attraverso un'analisi del dettato delle singole norme degli accordi OMC, giungono alla conclusione che nessuna di esse preclude la possibilità d'invocare l'obbligo di risarcimento pecuniario previsto dal diritto internazionale generale¹¹⁷. Questa lettura dei rapporti fra diritto internazionale e diritto OMC non è però confortata dalla prassi. In effetti, la giurisprudenza OMC non annovera alcun caso in cui panel od Organo di appello hanno riconosciuto alla parte attrice un vero e proprio diritto di risarcimento¹¹⁸.

Se si accoglie invece la nozione di ordinamento particolare elaborata nella seconda e terza sezione del primo capitolo, l'obbligo di diritto internazionale di risarcimento per equivalente potrà spiegare i suoi effetti giuridici nel quadro dell'OMC, in assenza di deroghe esplicite, solamente nell'ipotesi in cui sia funzionale a promuovere il rispetto delle norme di tale ordinamento. Tenuto conto che l'obbligo internazionale di risarcimento per equivalente ha come finalità esclusiva la riparazione dei danni materiali scaturiti dall'illecito e non l'esecuzione della norma primaria violata, esso non è giuridicamente pertinente per perseguire le finalità dell'ordinamento OMC e, in quanto tale, non può essere invocato¹¹⁹.

¹¹⁷ Garcia-Rubio si limita a prendere atto dell'assenza di un divieto esplicito ad avvalersi della norma di diritto internazionale generale che stabilisce un obbligo di risarcimento (vedi M.GARCIA RUBIO, *On the Application of Customary Rules of State Responsibility by the WTO Dispute Settlement Organs*, cit., pp. 62-63). Joost Pauwelyn, segue un approccio più cauto e valuta se, anche in assenza di un divieto esplicito, sia possibile dedurre tale deroga non solo dall'interpretazione letterale delle singole norme OMC, ma anche dall'oggetto e scopo dell'accordo nel suo complesso e dalla prassi dei panel e dell'Organo di appello. L'esame che conduce tale autore parte comunque dal presupposto che il rapporto fra le norme di diritto internazionale e le norme OMC è disciplinato dal principio di specialità. Egli si differenzia da Garcia-Rubio solo per il fatto che accoglie una nozione di deroga più ampia, fondata sull'interpretazione, non solo testuale, ma anche contestuale e teleologica della norma speciale.

¹¹⁸ A tale proposito non è condivisibile la scelta di Pauwelyn di menzionare il caso *Australie – Subventions accordées aux producteurs et exportateurs de cuir pour automobiles, Recours des Etats-Unis à l'article 21:5 du memorandum d'accord sur le règlement des différends*, quale esempio di panel «that explicitly called for some form of reparation for past damage» (J.PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law: how WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, cit., 2003, p. 223). Nel caso di specie, in effetti, si richiedeva, come è stato illustrato nel paragrafo precedente, la restituzione di sussidi vietati, ovvero l'esecuzione della norma primaria che vietava l'erogazione di tali sussidi e non il risarcimento dei danni economici secondari derivanti da tale violazione.

¹¹⁹ La riparazione dei danni materiali, a differenza dell'obbligo di cessazione dell'illecito e il dovere di eseguire la norma primaria violata non è una conseguenza *strutturale* che contraddistingue qualunque violazione in qualunque ordinamento. La riparazione costituisce piuttosto una conseguenza *eventuale*, la cui previsione dipende «da una scelta di politica normativa variabile da ordinamento a ordinamento (...) in

2.3 La soddisfazione nell'ordinamento internazionale e nell'ordinamento OMC

Ai sensi del par. 1 dell'art. 37: «L'État responsable d'un fait internationalement illicite est tenu de donner satisfaction pour le préjudice causé par ce fait dans la mesure où il ne peut pas être réparé par la restitution ou l'indemnisation». In altri termini, la soddisfazione, in base al testo di codificazione della CDI, costituisce una modalità specifica dell'obbligo di riparazione che ha come finalità l'eliminazione dei danni causati dall'illecito che non sono stati riparati né dalla restituzione né dal risarcimento pecuniario. La soddisfazione, in quanto rimedio residuale rispetto alla restituzione ed al risarcimento, costituisce una conseguenza abbastanza rara.

Il dettato dell'art. 37 non offre alcuna indicazione per quanto concerne le caratteristiche del pregiudizio suscettibile di far insorgere un dovere di soddisfazione a carico dello Stato responsabile. Nel commento si specifica che «la satisfaction est destinée à réparer ces dommages qui, n'étant pas susceptibles d'évaluation financière, constituent un affront pour l'Etat. Ces préjudices sont souvent de nature symbolique, et découlent du simple fait de la violation de l'obligation, indépendamment des conséquences matérielles de cette violation pour l'Etat concerné»¹²⁰.

In altri termini, il pregiudizio cui è necessario porre rimedio tramite la soddisfazione presenta un carattere "immateriale" che impedisce di quantificarlo sul piano finanziario. Tale pregiudizio "immateriale" può essere di carattere morale oppure giuridico. Il danno morale consiste in un'offesa all'onore e alla dignità dello Stato che ha subito la violazione¹²¹, mentre il danno giuridico, scaturito dalla violazione in quanto tale, consiste nel pregiudizio arrecato all'interesse che ciascuno Stato possiede a vedere rispettato il diritto internazionale nei propri confronti.

considerazione dell'importanza attribuita (...) alla rilevanza delle ripercussioni economiche dell'illecito» (M.IOVANE, *cit.*, p. 188). La scelta di garantire oltre all'esecuzione della norma violata, anche la riparazione dei danni prodotti dall'illecito, non può quindi essere presunta. Tenuto conto che l'ordinamento OMC non contiene alcun riferimento ad un obbligo siffatto, non si può dedurre tale finalità dall'ordinamento internazionale le cui norme possono spiegare i propri effetti nel quadro dell'OMC solo a titolo sussidiario, per favorire la realizzazione degli scopi propri di quest'ordinamento particolare.

¹²⁰ Commento all'art. 37, p. 284-285.

¹²¹ Come si sottolinea nel commento: «il peut s'agir d'outrage à des emblèmes de l'Etat tels que le drapeau national, de violation de la souveraineté ou de l'intégrité territoriale, d'attaques contre des navires ou des aéronefs, de mauvais traitements ou d'agressions contre des chefs d'Etat et de gouvernement ou contre des représentants diplomatiques ou consulaires ou d'autres personnes protégées et la violation de locaux d'ambassades ou de consulats ainsi que du domicile de membres de missions diplomatiques étrangères», *ibidem*, p. 285-286.

Tale distinzione, formulata dalla dottrina, non è ripresa nel commento all'art. 37, che si limita a comprendere nella nozione generale di danno immateriale entrambe le fattispecie¹²².

Per quanto concerne il contenuto della riparazione, tale rimedio può assumere diverse forme. Il par. 2 dell'art. 37 menziona, a titolo meramente esemplificativo, le modalità più diffuse di esecuzione dell'obbligo di soddisfazione. Esse consistono nel riconoscimento della violazione da parte dello Stato responsabile, nella presentazione di scuse formali o di espressioni di rincrescimento. Altri comportamenti frequentemente reclamati a titolo di soddisfazione possono consistere nella punizione di colpevoli, in prestazioni patrimoniali di carattere simbolico, oppure nella constatazione del carattere illecito di un dato comportamento da parte di un giudice internazionale¹²³.

La soddisfazione, come si sottolinea al par. 3 dell'art. 37, «ne doit pas être hors de proportion avec le préjudice et ne peut pas prendre une forme humiliante pour l'État responsable». L'obbligo di soddisfazione non può, ad esempio, comportare il dovere di versare una somma di denaro a titolo di danno punitivo¹²⁴.

La scelta della CDI di configurare la soddisfazione come una modalità di riparazione dei pregiudizi immateriali non è condivisa da tutta la dottrina. In particolare, Christian Dominicé e Iovane esprimono perplessità sull'utilizzazione della nozione di danno morale per indicare il pregiudizio immateriale subito dallo Stato vittima della violazione¹²⁵. In effetti, gli elementi tipici del concetto di danno morale utilizzato negli ordinamenti nazionali, quali la presenza di «sofferenze fisiche o psichiche, derivanti dalla lesione di beni personali precisamente individuati, ritenuti meritevoli di una particolare

¹²²Il fatto che la CDI includa nella nozione di pregiudizio immateriale il danno morale emerge chiaramente nel commento all'art. 36 in cui si sottolinea che «l'expression «susceptible d'évaluation financière» a pour objet d'exclure ce que l'on nomme parfois le «préjudice moral» causé à un Etat, c'est-à-dire l'affront ou le préjudice causé par une violation de droits non accompagnée d'un dommage réel aux biens ou aux personnes : c'est là l'objet de la satisfaction dont traite l'article 37», commento all'art. 36, p.262. Un riferimento al danno giuridico può essere dedotto dal par. 3 del commento all'art. 37 prima citato in cui si indica che i pregiudizi immateriali «découlent du simple fait de la violation de l'obligation».

¹²³ Quest'ultima modalità è utilizzata spesso e una parte della dottrina ha espresso delle perplessità sulla scelta della CDI di non menzionarla nel par. 2 dell'art. 37 (vedi in particolare, P.-M. DUPUY, *Droit international public*, cit., p. 489). La CDI, a tale proposito, ha precisato che «si les déclarations judiciaires ne sont pas mentionnées au paragraphe 2, c'est seulement parce que celles-ci doivent être formulées par un tiers compétent pour connaître du différend, et que le projet d'articles n'a pas pour objet de préciser quels sont ces tiers et de traiter de questions liées à la compétence des cours ou tribunaux», commento all'art. 37, p. 288.

¹²⁴I lavori della CDI hanno conosciuto un'inversione al riguardo. In effetti, l'art. 45 del progetto di codificazione adottato in prima lettura nel luglio del 1996 includeva nell'elenco delle modalità di esecuzione dell'obbligo di soddisfazione, la riparazione «en cas d'atteinte grave aux droits de l'Etat lésé, des dommages-intérêts correspondant à la gravité de l'atteinte».

¹²⁵C.DOMINICÉ, *La satisfaction en droit de gens*, in *Mélanges Georges Perrin*, Lusane, pp. 91-121 e M.IOVANE, *La riparazione nella teoria e nella prassi dell'illecito internazionale*, cit., pp. 159-166.

salvaguardia»¹²⁶, non sono riscontrabili nel diritto internazionale. Quest'osservazione vale non solo per le ipotesi di danno morale scaturito dal dolore fisico, che sono prive di rilevanza giuridica nel diritto internazionale a causa del carattere astratto dei soggetti statali, ma anche per i casi di pregiudizio scaturito da offese alla reputazione e alla dignità. Secondo tali autori, in effetti, l'offesa alla reputazione ed alla dignità di uno Stato scaturita da un illecito internazionale si confonde con il fatto stesso della violazione¹²⁷. Per quanto concerne, poi, il concetto di danno giuridico, esso è inerente, a sua volta, al fatto stesso della violazione e in quanto tale, l'unica conseguenza che produce a carico dello Stato responsabile consiste nel dovere di eliminare la situazione di illegalità che ha prodotto in modo tale da garantire la riaffermazione dell'ordine giuridico esistente prima dell'illecito. Le condotte richieste allo Stato responsabile a titolo di soddisfazione, quindi, non sono funzionali a riparare il danno immateriale scaturito dall'illecito quanto piuttosto a garantire l'esecuzione in senso lato dell'obbligo primario violato¹²⁸.

Per quanto riguarda l'OMC, né l'Intesa di soluzione delle controversie, né gli accordi materiali allegati al trattato istitutivo dell'Organizzazione, contemplano disposizioni che disciplinano modalità specifiche volte a riparare il danno immateriale scaturito dalla violazione delle norme OMC. L'unico rimedio assimilabile alla soddisfazione, e rinvenibile nella prassi, consiste nella constatazione del carattere illecito di un dato comportamento da parte dei panel e dell'Organo di appello, quando la violazione è già cessata¹²⁹.

¹²⁶ MIOVANE, *cit.*, p. 160.

¹²⁷ Come mette bene in evidenza Iovane: «l'offesa all'onore e alla dignità di uno Stato non rappresenta una lesione a valori tutelati *in quanto tali* dall'ordinamento internazionale (a differenza di quanto succede (...) negli ordinamenti interni) ma sarebbe *insita* nel fatto stesso della violazione, quale che sia il contenuto dell'obbligo violato e del bene internazionalmente protetto che ne risulti concretamente leso. Non esistendo, in altri termini, un effettivo problema generale di tutelare espressamente determinati beni ideali, quali sono specificatamente l'onore e la dignità di uno Stato, non può ritenersi esistente neppure un conseguente problema di reintegrare il danno morale che risulterebbe dalla menomazione di siffatti beni», *ibidem*, p. 161.

¹²⁸ *Ibidem*, pp. 201-205.

¹²⁹ Tutti i rapporti dei panel e dell'Organo di appello aventi per oggetto un'infrazione comportano la constatazione dell'avvenuta violazione. Se l'illecito è continuato, tale dichiarazione non può essere assimilata ad una forma di soddisfazione, dal momento che l'accertamento dell'illecito, non è altro che il presupposto per l'adozione del rimedio definitivo, ovvero della raccomandazione di messa in conformità (vedi a tale proposito il commento all'art. 37 in cui si sottolinea che «bien que les déclarations faites par une cour ou un tribunal compétent puissent être considérées comme une forme de satisfaction dans certaines affaires, de telles déclarations ne sont pas intrinsèquement associées à la satisfaction. Tout tribunal ou cour compétent est habilité à déterminer la licéité d'un comportement et à rendre ses conclusions publiques, en temps qu'étape normale du procès. Une telle déclaration peut être le prélude à une décision portant sur une forme quelconque de réparation ou peut constituer en soi la satisfaction

Gli esempi offerti dalla giurisprudenza OMC sono solo due¹³⁰. In tutti e due i casi le misure contestate erano state applicate in un passato molto recente. In effetti, sia nel caso *Etats-Unis - Mesure affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés en provenance d'Inde*, che nel caso *Etats-Unis - mesures à l'importation de certains produits en provenance des Communautés européennes* la misura su cui il panel si è pronunciato era stata ritirata dopo l'esame interinale, ma prima della comunicazione del rapporto finale alle parti.

In entrambi i casi, la constatazione dell'avvenuta violazione da parte dei panel e dell'Organo di appello ha avuto come unica finalità, non tanto quella di porre rimedio al pregiudizio morale o giuridico subito dalla parte lesa, quanto piuttosto quella di risolvere la controversia ribadendo la continua obbligatorietà dei doveri violati dallo Stato autore dell'illecito¹³¹.

demandée», p. 287-288) Nell'ipotesi in cui l'illecito sia cessato ed in assenza di ulteriori raccomandazioni, la constatazione dell'avvenuta violazione costituisce la tappa finale del processo e, in quanto tale, svolge la funzione di vero e proprio rimedio nei confronti dell'illecito.

¹³⁰ Rapporti del panel e dell'Organo di appello, *Etats-Unis - Mesure affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés en provenance d'Inde*, WT/DS33/R e WT/DS33/AB/R adottati dall'Organo di soluzione delle controversie il 23 maggio 1997, ed i rapporti del panel e dell'Organo di appello, *Etats-Unis - mesures à l'importation de certains produits en provenance des Communautés européennes*, WT/DS165/R e WT/DS165/AB/R, adottati dall'Organo di soluzione delle controversie il 10 gennaio 2001. Nei casi *Etats-Unis - Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules* (rapporto del panel del 29 gennaio 1996, WT/DS2/R) e *Argentine - Mesures affectant les importations de chaussures, textiles, vêtements et autres articles* (rapporto del panel del 25 novembre 1997, WT/DS56/R), il panel ha invece rifiutato di dare seguito alla richiesta di accertamento della passata violazione. Nel primo caso, il panel ha constatato che «des groupes spéciaux établis au titre de l'Accord général n'avaient généralement pas eu pour pratique de se prononcer sur des mesures qui, au moment où leur mandat avait été défini, n'étaient pas effectives et n'allaient pas le devenir. Dans l'affaire de 1978 concernant les protéines destinées à l'alimentation des animaux, le Groupe spécial s'était prononcé sur une mesure qui n'était plus appliquée mais qui avait pris fin après que l'accord était intervenu au sujet du mandat du Groupe spécial. Dans l'affaire de 1980 concernant les pommes en provenance du Chili, le Groupe spécial s'était prononcé sur une mesure qui avait pris fin avant que l'accord sur le mandat du Groupe spécial soit intervenu; toutefois, le mandat incluait en l'occurrence expressément la mesure supprimée et, comme il s'agissait d'une mesure saisonnière, sa réintroduction restait possible. Dans le cas présent, le mandat du Groupe spécial avait été établi après que la règle des 75 pour cent avait cessé d'être appliquée, et la règle n'avait pas été expressément mentionnée dans le mandat. Le Groupe spécial a en outre noté que les parties n'avaient pas indiqué que la règle des 75 pour cent était une mesure qui, bien que n'étant pas actuellement en vigueur, allait probablement être réintroduite. Enfin, le Groupe spécial a considéré que ses constatations au titre des articles III:4 et XX b), d) et g) sur le traitement découlant des méthodes d'établissement des niveaux de base auraient de toute façon rendu inutile l'examen de la règle des 75 pour cent au titre de l'article I:1. Le Groupe spécial n'est donc pas passé à l'examen de cet aspect de la Réglementation sur l'essence au titre de l'article I.1 de l'Accord général» (par. 6.19). Nel secondo caso, si è rifiutato di prendere in esame la richiesta degli Stati Uniti, sottolineando che nei rapporti precedenti in cui i panel si erano pronunciati su misure che erano state ritirate, «ni l'une ni l'autre des parties ne se soient opposées à ce que le Groupe spécial examine la mesure qui était arrivée à expiration» (par. 6.12).

¹³¹ Vedi in particolare il par. 8.1 del rapporto *Etats-Unis - Mesure affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés en provenance d'Inde*, in cui: «Le Groupe spécial conclut que la limitation appliquée par les Etats-Unis à compter du 18 avril 1995 aux importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés, produits de la catégorie 440, en provenance d'Inde et sa prorogation étaient contraires aux dispositions des articles 2 et 6 de l'ATV. L'article 3:8 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends disposant que "dans les cas où il y a infraction aux obligations souscrites au titre d'un

Tenuto conto della prassi dei panel e dell'Organo di appello, è possibile che l'obbligo internazionale di soddisfazione spieghi i suoi effetti giuridici nel quadro dell'ordinamento OMC, ma solo nella misura in cui sia funzionale a garantire il ripristino della legalità ed a favorire il rispetto delle norme violate. Da questo punto di vista, non è da escludere che la parte lesa che subisca un illecito e che non possa richiedere la cessazione, in quanto la violazione non è continuata, né domandare la *restitutio in integrum*, in quanto l'illecito non ha prodotto conseguenze materiali che ostacolano l'esecuzione futura della norma, possa richiedere l'applicazione, nel quadro dell'OMC, dell'art. 37 del testo di codificazione della CDI. In tal caso, panel ed Organo di appello saranno tenuti a dare seguito alla richiesta di "soddisfazione", solo nella misura in cui il rimedio richiesto, sia funzionale non tanto a riparare il pregiudizio morale o giuridico, subito dalla parte lesa, quanto a ribadire la continua obbligatorietà e vigenza per l'avvenire degli obblighi violati. La constatazione da parte dei panel e dell'Organo di appello dell'illiceità del comportamento posto in essere dallo Stato responsabile risponde più delle altre modalità di soddisfazione a tale esigenza. Se una domanda in tal senso da parte dello Stato leso è formulata facendo leva sull'istituto internazionale della soddisfazione, panel ed Organo di appello, non potrebbero sottrarsi a tale richiesta in quanto tenuti a dare piena esecuzione nell'ordinamento OMC a tutte le norme internazionali generali che favoriscono l'esecuzione e il rispetto delle norme OMC¹³².

accord visé, la mesure en cause est présumée annuler ou compromettre un avantage", le Groupe spécial conclut que ladite mesure prise par les Etats-Unis a annulé ou compromis les avantages découlant pour l'Inde de l'Accord sur l'OMC, et en particulier de l'ATV. Le Groupe spécial recommande à l'Organe de règlement des différends de statuer dans ce sens».

¹³² Panel ed Organo di appello non potrebbero quindi rifiutarsi di dare seguito alla richiesta di accertamento di una passata violazione facendo leva sul fatto che non esiste un accordo delle due parti alla controversia in tal senso. Vedi, a tale proposito, il rapporto *Argentine - Mesures affectant les importations de chaussures, textiles, vêtements et autres articles*, cit., par. 6.12.

CAPITOLO V

L'ATTUAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ NELL'ORDINAMENTO INTERNAZIONALE GENERALE E NELL'ORDINAMENTO OMC

La terza parte del testo di codificazione della Commissione di diritto internazionale è dedicata alla disciplina delle regole in materia di attuazione della responsabilità, ovvero all'individuazione dei soggetti che possono esigere la cessazione e la riparazione dei danni derivanti dall'illecito e all'identificazione delle modalità che devono essere seguite per indurre lo Stato responsabile ad adempiere tali obblighi. Le norme contenute in quest'ultima parte riflettono, più di altre, l'assenza nell'ordinamento internazionale generale di un apparato istituzionale che eserciti in modo accentrato la funzione di giudizio e per questo, più di altre, sono suscettibili di essere derogate nel quadro di regimi o ordinamenti dotati di sistemi giurisdizionali in parte o del tutto centralizzati.

L'ordinamento OMC conferma tale diagnosi. In effetti, l'esistenza di un organo di soluzione delle controversie titolare di una giurisdizione quasi obbligatoria contribuisce a differenziare il contenuto delle regole in materia d'invocazione della responsabilità e di ricorso allo strumento delle contromisure rispetto a quello previsto dal testo di codificazione della CDI. Nonostante ciò, il diritto internazionale della responsabilità continua ad essere una fonte di riferimento importante per l'ordinamento OMC sia sul piano interpretativo che sul piano normativo. Sul piano interpretativo, esso può contribuire a chiarire la portata di termini utilizzati negli accordi OMC che sono equivalenti a quelli previsti dagli articoli del testo di codificazione della CDI¹. Sul piano normativo, può colmare le lacune dell'ordinamento OMC² o addirittura sostituirsi ad alcune delle sue norme³. L'esistenza di tali interazioni presuppone che l'OMC sia configurabile come un ordinamento giuridico particolare dell'ordinamento internazionale generale.

L'obiettivo del capitolo è verificare la presenza effettiva di tali interazioni o la loro desiderabilità al fine di dimostrare i vantaggi analitici e normativi derivanti

¹ Ad esempio, gli art. 49 e 51 del testo di codificazione che disciplinano rispettivamente l'oggetto ed i limiti delle contromisure nonché il loro carattere proporzionale, possono contribuire a chiarire la portata dell'espressione «contromisure appropriate» prevista dall'art. 4.10 dell'accordo sulle sovvenzioni.

² Ad esempio in materia d'identificazione dei soggetti titolari del diritto di richiedere la sospensione delle concessioni ai sensi dell'art. 22.6 dell'Intesa.

³ In caso di «fallimento strutturale» (vedi, a tale proposito, P.PICONE, *Soluzione delle controversie e garanzie esterne al sistema*, in P.PICONE e A.LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, cit., p. 668) del meccanismo di soluzione delle controversie dell'Organizzazione, le parti contraenti potranno ricorrere allo strumento internazionale delle contromisure, nonostante l'art. 23 dell'Intesa consenta alle parti contraenti di sospendere gli obblighi contrattati in seguito all'adesione all'OMC solamente previa autorizzazione dell'Organo di soluzione delle controversie.

dall'utilizzazione del concetto di ordinamento rispetto alle altre nozioni elaborate dalla dottrina.

Il capitolo si articola in due sezioni che corrispondono ai due istituti disciplinati nell'ultima parte del testo di codificazione della CDI: l'invocazione della responsabilità e le contromisure.

Sezione I

L'invocazione della responsabilità

Questa sezione esamina le caratteristiche dell'invocazione sotto il profilo del contenuto della responsabilità, nonché della sua attuazione. In particolare, il primo ed il secondo paragrafo analizzano l'istituto dell'invocazione avente per oggetto la richiesta di eseguire gli obblighi secondari derivanti dall'illecito, mentre il terzo paragrafo è dedicato all'invocazione avente per oggetto l'adozione di contromisure d'interesse generale. Nel primo caso, così come nel secondo, l'esame comparato dell'istituto dell'invocazione mette in luce l'esistenza di diversità fra diritto internazionale generale e diritto dell'OMC che possono essere comprese solamente se si ricorre alla nozione di ordinamento particolare.

L'obiettivo di questa sezione consiste nel mettere in luce le peculiarità dell'istituto dell'invocazione nel quadro del diritto dell'OMC ed i vantaggi descrittivi derivanti dal ricorso alla nozione di ordinamento particolare anziché al concetto di regime speciale per giustificare la disapplicazione delle norme internazionali che disciplinano l'istituto dell'invocazione nel quadro dell'OMC.

1.1 L'invocazione della responsabilità nell'ordinamento internazionale

L'invocazione della responsabilità consiste in una richiesta rivolta allo Stato responsabile di eseguire gli obblighi secondari derivanti dall'illecito che ha commesso⁴. Come suggerisce la stessa origine etimologica del termine⁵, l'invocazione della responsabilità presuppone che il ricorrente possieda un vantaggio personale ad intraprendere tale

⁴ Il commento all'art. 42 del testo di codificazione specifica che l'invocazione deve assumere un carattere relativamente formale: «il faut entendre par invocation le fait de prendre des mesures d'un caractère relativement formel, par exemple le fait de déposer ou de présenter une réclamation contre un autre État, ou d'engager une procédure devant une cour ou un tribunal international. Un État n'invoque pas la responsabilité d'un autre État simplement parce qu'il le critique d'avoir violé une obligation et l'engage à la respecter, ou bien même parce qu'il réserve ses droits ou émet de simples protestations. Aux fins des présents articles, la protestation en tant que telle n'est pas une invocation de la responsabilité; elle peut prendre diverses formes et viser différents objectifs et ne se limite pas aux cas où la responsabilité de l'État est en jeu. Un État qui souhaite protester contre la violation du droit international par un autre État, ou rappeler à celui-ci ses responsabilités internationales découlant d'un traité ou une autre obligation par laquelle ils sont liés, n'est généralement pas tenu d'établir un titre ou intérêt particulier pour le faire. De tels contacts diplomatiques informels n'équivalent pas à invoquer la responsabilité, à moins et pour autant qu'ils ne donnent lieu à des réclamations spécifiques de la part de l'État concerné, telles qu'une demande d'indemnisation pour une violation qui l'affecte, ou à une action particulière, telle que l'introduction d'une instance auprès d'un tribunal international compétent», vedi commento, p. 317.

⁵ Il termine invocare deriva dal verbo latino *in-vocare*, ovvero chiamare a proprio vantaggio.

azione. Questo vantaggio od interesse ad agire corrisponde, nel diritto internazionale generale, alla protezione dell'interesse primario rimasto leso a seguito dell'illecito⁶. Il contenuto della richiesta formulata dallo Stato ricorrente, a sua volta, varierà, in funzione della natura, giuridica o materiale, dell'interesse leso. La struttura e natura degli interessi protetti dall'obbligo oggetto di violazione riveste quindi un ruolo centrale per chiarire la portata delle norme in materia d'invocazione della responsabilità.

La Commissione di diritto internazionale ha individuato due tipi di obblighi in funzione della sfera degli interessi protetti: obblighi che proteggono gli interessi di un singolo Stato ed obblighi così detti *collettivi* che proteggono un interesse comune di un gruppo di Stati o della Comunità internazionale⁷. Queste due categorie in parte si sovrappongono in quanto è possibile che alcuni obblighi collettivi tutelino non solo un interesse comune del gruppo, ma anche gli interessi individuali dei singoli membri⁸. Tutti gli interessi, comuni o individuali, hanno una natura giuridica che consiste nell'interesse al rispetto della norma, mentre solo gli interessi individuali hanno anche una natura materiale che corrisponde al vantaggio patrimoniale derivante dall'esecuzione della norma.

⁶ Vedi J.CRAWFORD, *The Standing of States: a Critique of Article 40 of the ILC's Draft Articles on State Responsibility*, in M.ANDENAS (ed.), *Mélanges Lord Slynn of Hadley*, La Haye, Kluwer, 2000 p. 24. In altri casi, come ad esempio, nel diritto processuale amministrativo italiano, si opera una distinzione fra interesse sostanziale ed interesse a ricorrere, identificando quest'ultimo con « il vantaggio riconoscibile alla sfera giuridica del ricorrente nell'ipotesi in cui l'azione risulti fondata e il provvedimento venga conseguentemente annullato », R.VILLATA, *Interesse ad agire*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XVII, Treccani, Roma, 1989, p. 2.

⁷ Questa classificazione è desumibile dal commento relativo agli art. 42 e 48. In realtà, il criterio principale utilizzato dalla CDI per delimitare la sfera di applicazione delle due disposizioni consiste nel tipo di lesione prodotta dall'illecito. A tale fine la CDI ha distinto gli "Stati lesi" in un loro diritto soggettivo, dagli "Stati diversi dagli Stati lesi", ovvero dagli Stati il cui *interesse giuridico* al rispetto della norma internazionale è stato compromesso. Nonostante l'esigenza di differenziare il contenuto dell'invocazione in funzione del tipo di lesione subita dallo Stato è perfettamente condivisibile, la formula utilizzata dalla CDI non è particolarmente felice. In effetti, sembra trascurare il fatto che anche gli Stati che hanno meramente un interesse giuridico al rispetto della norma sono a loro volta *lesi* in un loro diritto soggettivo il cui contenuto non è materiale, ma giuridico (vedi a tale proposito Georges Perrin secondo il quale « le droit de chaque Etat au respect de la règle est un droit qui lui appartient en propre et dont il nous paraît difficile de contester le caractère subjectif », citato in B.STERN, *Et si on utilisait le concept de préjudice juridique? Retour sur une notion délaissée à l'occasion de la fin des travaux de la C.D.I. sur la responsabilité des Etats*, in *Annuaire français de droit international*, 2001, pp. 13-14). Tenuto conto che tale ambiguità è soprattutto di carattere terminologico e non sostanziale, è stato ritenuto preferibile, per motivi di chiarezza, incentrare l'attenzione sulla struttura degli interessi protetti dagli obblighi violati anziché sul tipo di lesione causata dalla violazione.

⁸ Vedi il par. 10 del commento all'art. 48 relativo agli obblighi *erga omnes* in cui si mette in rilievo che « les obligations en cause sont par définition des obligations collectives protégeant des intérêts de la communauté internationale en tant que telle. Ces obligations peuvent naturellement protéger en même temps les intérêts individuels des Etats : ainsi l'interdiction des actes d'agression protège la survie de chaque Etat et la sécurité de sa population. De la même manière, la violation d'une telle obligation peut atteindre spécialement des Etats individuels : par exemple, un Etat côtier sera spécialement atteint par une pollution liée à la violation d'une obligation qui vise à protéger le milieu marin dans l'intérêt collectif », p. 347.

A seconda che l'interesse leso sia comune o individuale, giuridico od anche materiale, mutano i soggetti che possono invocare la responsabilità e mutano il tipo di richieste che possono essere avanzate nei confronti degli Stati responsabili.

Se ad essere leso è un interesse individuale, solo lo Stato titolare dell'interesse può agire per proteggerlo, richiedendo allo Stato responsabile non solo di cessare l'illecito ma anche di riparare il danno materiale derivante dalla mancata prestazione a lui dovuta⁹. Se ad essere leso è un interesse comune di un gruppo di Stati o della Comunità internazionale, tutti gli Stati membri del gruppo o, nel secondo caso, tutti gli Stati della Comunità internazionale possono invocare la cessazione dell'illecito, ma non possono chiederne la riparazione¹⁰.

In sintesi, il problema principale al fine d'identificare la sfera dei soggetti che possono invocare la responsabilità ed i corrispondenti poteri d'azione, è rappresentato dal chiarire la sfera d'interessi protetti dall'obbligo. Nell'ipotesi in cui l'obbligo si rivolga ad unico Stato, tale operazione è piuttosto semplice. Al contrario, qualora l'obbligo si indirizzi ad un gruppo di Stati oppure alla Comunità internazionale nel suo complesso, l'identificazione degli interessi da esso protetti è alquanto complessa.

Come è stato detto prima, la CDI, si limita ad indicare che gli obblighi collettivi proteggono un interesse comune. Al tempo stesso, non esclude la possibilità che tali obblighi proteggano contestualmente anche interessi individuali. Si pone, quindi, il problema di chiarire entro che misura un interesse comune si differenzia dalla somma d'interessi individuali e che rapporto esiste fra il primo ed i secondi. La CDI non offre molte indicazioni al riguardo. Per quanto riguarda gli obblighi che tutelano l'interesse di un gruppo di Stati, essa si limita a sottolineare che gli obblighi collettivi possono essere stabiliti per la tutela degli interessi *degli* Stati membri oppure di un interesse comune più ampio che trascende gli interessi individuali¹¹, senza offrire alcun criterio per distinguere l'interesse degli Stati membri dall'interesse del gruppo.

⁹ Vedi par. 2 dell'art. 43 del testo di codificazione ai sensi del quale: «L'État lésé peut préciser notamment: a) Le comportement que devrait adopter l'État responsable pour mettre fin au fait illicite si ce fait continue; b) La forme que devrait prendre la réparation, conformément aux dispositions de la deuxième partie».

¹⁰ Vedi l'art. 48 ai sensi del quale: «1. Conformément au paragraphe 2, tout État autre qu'un État lésé est en droit d'invoquer la responsabilité d'un autre État, si: a) L'obligation violée est due à un groupe d'États dont il fait partie, et si l'obligation est établie aux fins de la protection d'un intérêt collectif du groupe; ou b) L'obligation violée est due à la communauté internationale dans son ensemble. 2. Tout État en droit d'invoquer la responsabilité en vertu du paragraphe 1 peut exiger de l'État responsable: a) La cessation du fait internationalement illicite et des assurances et garanties de non-répétition, conformément à l'article 30; et b) L'exécution de l'obligation de réparation conformément aux articles précédents, dans l'intérêt de l'État lésé ou des bénéficiaires de l'obligation violée».

¹¹ «Pour relever de l'alinéa a, les obligations en cause doivent être des «obligations collectives», c'est-à-dire s'appliquer au sein d'un groupe d'États et avoir été établies dans un intérêt collectif. (...) Elles ne se

Difficoltà analoghe emergono per quanto riguarda la categoria degli obblighi *erga omnes*, dal momento che anche in questo caso, il commento all'art. 48 mette in evidenza che possono proteggere interessi della Comunità internazionale e al tempo stesso interessi individuali degli Stati¹².

In assenza di criteri generali che consentano di distinguere interessi comuni da interessi individuali, viene da domandarsi se esistano dei parametri diversi dalla tipologia degli interessi protetti che consentano di stabilire quando ci troviamo di fronte ad un obbligo autenticamente collettivo, ovvero ad un obbligo che oltre a tutelare eventualmente interessi individuali, protegge sicuramente un interesse comune. La risposta a tale quesito è offerta dal commento all'art.48 allorché si precisa che affinché un obbligo possa definirsi collettivo: «il doit s'agir en tout cas d'un arrangement transcendant la sphère des relations bilatérales des États parties»¹³.

Il carattere bilaterale, ovvero reciproco, dell'impegno costituisce quindi il fattore decisivo per distinguere gli obblighi che tutelano esclusivamente interessi individuali dagli obblighi collettivi. Resta, per altro, da chiarire quando un obbligo può definirsi bilaterale, ovvero reciproco. La dottrina, a tale proposito, ha focalizzato l'attenzione sulla causa dell'impegno dei destinatari. Nell'ipotesi di obblighi reciproci, la causa dell'impegno dell'uno è l'esecuzione della prestazione oggetto dell'impegno dell'altro¹⁴. Nell'ipotesi di obblighi non reciproci, invece, la causa dell'impegno delle parti non corrisponde ad uno scambio di prestazioni, ma all'enunciato stesso della norma. Il carattere autonomo, in termini di formazione del vincolo, degli obblighi non reciproci li

limitent pas aux arrangements pris uniquement dans l'intérêt des États membres mais s'étendraient aux accords conclus par un groupe d'États pour la protection d'un intérêt commun plus large. (...) Entrent dans le champ de l'alinéa a les obligations qui ont pour but principal de défendre un intérêt commun, dépassant les intérêts individuels des États concernés (corsivo aggiunto)», commento all'art. 48, p. 345.

¹² Vedi par. 10 del commento all'art. 48, citato alla nota 8.

¹³ Vedi par. 7 del commento all'art. 48, p. 345.

¹⁴ « Si l'on s'intéresse (...) à l'acte synallagmatique, c'est dans la cause de l'engagement qu'il est possible de trouver le critère d'identification de la notion. Chacune des parties au contrat est à la fois créancière et débitrice-les obligations sont donc réciproques-, mais si le créancier est débiteur, c'est parce que le débiteur est créancier. La cause de l'engagement de l'un est l'engagement de l'autre. Non seulement A s'engage parce que B s'engage, mais il s'engage afin que B exécute l'obligation à laquelle il a souscrit. La cause de l'engagement se traduit donc à la fois dans l'existence de l'engagement de l'autre et, corollaire logique et indispensable de l'engagement, dans l'exécution de l'obligation», vedi F.POIRAT, *Le traité, acte juridique international. Recherches sur le traité international comme mode de production et comme produit*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2004, p. 327. Nonostante l'autore prenda in considerazione solamente obblighi di natura convenzionale, le medesime considerazioni possono essere estese alla categoria della norme consuetudinaria. Al tempo stesso, le modalità specifiche di formazione di una norma consuetudinaria fanno sì che sia più corretto parlare, a proposito del fattore che induce lo Stato ad osservare la norma, di *motivazione psicologica* anziché di causa della volontà dello Stato a vincolarsi all'enunciato. Vedi, in tal senso, F.COULÉE, *Droit des traités et non-réciprocité: recherche sur l'obligation intégrale en droit international public*, thèse de doctorat, Université Pantheon-Assas (Paris II), vol. I, 1999, p. 95.

rende assimilabili ad un fascio d'impegni unilaterali nei confronti della medesima norma¹⁵.

La non reciprocità e quindi unilateralità dell'obbligo ha dei riflessi sul piano non solo della formazione dell'impegno, ma anche del suo mantenimento. In effetti, se la causa dell'impegno di ciascun stato è il rispetto di una data norma e non l'esecuzione di una prestazione, l'eventuale violazione sarà di per sé sufficiente per ledere la sfera giuridica soggettiva di tutti gli Stati che si sono impegnati unilateralmente ad osservare quest'obbligo. In tal caso tutti gli Stati saranno titolari del diritto *soggettivo* di richiedere la cessazione dell'illecito. Di qui, la possibilità, prevista dall'art. 48, per gli Stati destinatari di un obbligo collettivo, e quindi non reciproco, di richiedere la cessazione della sua violazione, anche se non hanno subito personalmente danni materiali.

Se il carattere reciproco o meno dell'obbligo costituisce il parametro decisivo per identificare la sfera dei soggetti titolari del diritto d'invocazione, la tipologia degli interessi protetti continua ad essere rilevante per chiarire il contenuto dell'invocazione. In effetti, come è stato messo in luce prima, se ad essere leso è solamente l'interesse comune al rispetto di una norma collettiva, l'unica richiesta che potrà essere formulata consisterà nella cessazione dell'illecito. Qualora, invece, la violazione di una norma comporti la lesione non solo di un interesse giuridico, ma anche di un interesse individuale e materiale, lo Stato leso potrà richiedere oltre alla cessazione dell'illecito, anche la riparazione. Nell'ipotesi in cui l'obbligo violato sia reciproco, l'interesse individuale dello Stato leso corrisponderà all'esecuzione della prestazione oggetto della norma violata, da parte dello Stato responsabile. Nell'ipotesi in cui l'obbligo violato sia collettivo, l'interesse individuale dei destinatari corrisponderà al rispetto della norma. Tale interesse potrà essere meramente giuridico oppure anche materiale, a seconda del contenuto della norma collettiva violata. In ogni caso, l'interesse materiale derivante dal rispetto di una norma collettiva, a differenza dell'interesse ad ottenere una data

¹⁵Gli obblighi non reciproci possono essere consuetudinari così come convenzionali. Gli obblighi non reciproci convenzionali sono stati qualificati dalla dottrina *integrali*. Essi si differenziano dagli obblighi non reciproci consuetudinari per il fatto di coniugare la non reciprocità della norma con la reciprocità dell'atto. Vedi, F.COULÉE, *cit.*, p. 96. Vedi, in tal senso, anche F.Poirat seconda la quale, « l'obligation intégrale se caractérise par l'indépendance des différents engagements et des énoncés et atteste une segmentation radicale du produit et des liens de rattachement. La réciprocité est absente de la cause de l'engagement à la fois au stade de l'existence de l'engagement, et au stade de la consistance de l'engagement. De même, la consistance de l'engagement ne s'analyse plus comme un échange mutuel de prestations : la cause de l'engagement c'est l'énoncé même. Chaque Etat s'engage vis-à-vis de l'obligation, et tous s'engagent à l'égard de la même obligation, dans le même sens, mais non dans une logique de contre-prestations mutuelles », F.POIRAT, *cit.*, p. 348.

prestazione derivante dall'esecuzione di un obbligo reciproco, sarà secondario ed incidentale¹⁶.

Riepilogando, la sfera dei soggetti che possono invocare la responsabilità ed il contenuto della loro invocazione dipendono dal tipo d'interessi protetti dall'obbligo violato. Un obbligo può proteggere solo interessi individuali oppure anche interessi comuni. Gli obblighi che proteggono interessi comuni si caratterizzano per il fatto di non essere reciproci. Condizione preliminare, quindi, per verificare se le norme OMC in materia d'invocazione corrispondono a quelle previste dal diritto internazionale, è stabilire se siano o meno reciproche.

1.2 L'invocazione della responsabilità nell'ordinamento OMC

Questo paragrafo è dedicato all'esame delle norme che disciplinano l'invocazione della responsabilità nel quadro dell'ordinamento OMC. Lo scopo di quest'analisi consiste nel verificare se le corrispondenti norme di diritto internazionale continuano a spiegare i loro effetti giuridici nel diritto dell'OMC e se quest'ultimo presenta delle chiusure nei confronti delle prime che possono essere giustificate solamente tramite la nozione di ordinamento particolare.

Tenuto conto che il regime internazionale d'invocazione della responsabilità è modulato in funzione della natura degli obblighi violati, la comparazione fra norme internazionali e norme OMC in quest'ambito sarà proficua solamente a condizione di chiarire la natura delle norme OMC.

Come è stato messo in luce nel paragrafo precedente, gli obblighi internazionali possono essere bilaterali oppure collettivi. I primi proteggono esclusivamente interessi individuali, mentre i secondi proteggono anche interessi comuni di un gruppo di Stati o della Comunità internazionale. Il parametro determinante per stabilire a quale delle due categorie appartiene una data norma, ai fini dell'individuazione dei soggetti che possono invocare la responsabilità per la sua violazione, è la reciprocità. Le norme bilaterali sono per definizione reciproche, mentre le norme collettive sono non reciproche.

Per chiarire se gli obblighi dell'ordinamento OMC sono bilaterali o collettivi è, quindi, necessario verificare se sono reciproci¹⁷. In altri termini, è necessario appurare se la causa

¹⁶ L'unica eccezione è rappresentata da una sottocategoria di obblighi collettivi che la CDI definisce *interdipendenti*.

della scelta delle parti contraenti di vincolarsi ad un dato obbligo corrisponde ad uno scambio di prestazioni, oppure all'osservanza in quanto tale del principio enunciato dalla norma. Tale verifica dovrebbe essere condotta nei confronti di ogni singola norma di diritto sostanziale facente parte degli accordi allegati al trattato istitutivo dell'Organizzazione mondiale del commercio, ma per motivi di sintesi, sarà effettuata su base settoriale, ovvero prendendo in considerazione le principali norme di ciascuna area materiale dell'ordinamento OMC¹⁸.

A tal fine, le norme sostanziali dell'ordinamento OMC possono essere raggruppate in due grandi categorie. La prima comprende tutte le norme degli accordi dell'allegato 1A e 1B che disciplinano il flusso di merci o di servizi fra le parti contraenti¹⁹. La seconda

¹⁷ Joost Pauwelyn, al fine di verificare se gli obblighi OMC sono bilaterali oppure collettivi utilizza tre criteri: l'oggetto dell'obbligo (il commercio, che presenta una natura bilaterale), le modalità di formazione dell'obbligo (negoziati condotti su base bilaterale), il suo scopo (protezione di interessi economici individuali anziché di un interesse comune) ed infine le modalità di attuazione della responsabilità in caso di violazione (bilaterale). Vedi J.PAUWELYN, *A Typology of Multilateral Treaty Obligations: Are WTO Obligations Bilateral or Collective in Nature?*, in *European Journal of International Law*, 2003, pp. 930-936. Di questi quattro solo il secondo può essere ricondotto al parametro da noi utilizzato della reciprocità e, a nostro parere, solo quest'ultimo è determinante per distinguere gli obblighi autenticamente collettivi dagli obblighi bilaterali. In effetti, è possibile che norme aventi per oggetto e, *mutatis mutandis*, scopo, la tutela di beni collettivi come i diritti dell'uomo siano bilaterali anziché collettive. Vedi, in tal senso, F.COULÉE, *cit.*, pp. 112-124 e F.POIRAT, *cit.*, pp.356-358. Lo stesso dicasi delle modalità di attuazione di un obbligo, le quali non sono strettamente collegate alla natura dell'obbligo violato, ma possono essere concordate dalle parti contraenti sulla base di criteri diversi.

¹⁸ L'obiettivo di tale analisi settoriale consiste nel mettere in evidenza il carattere eterogeneo delle norme facenti parte dell'ordinamento OMC. A tal fine, non è necessario procedere ad un esame capillare delle singole norme dei singoli accordi dell'ordinamento, ma sarà sufficiente prendere in considerazione solo alcune di esse. Questo non significa che tutte le norme dell'accordo considerato presentino la medesima natura. La reciprocità è, in effetti, una caratteristica che può essere constatata solo a livello di singola norma e non di trattato. Vedi, in tal senso, Frédérique Coulée che, riferendosi alle norme integrali, ovvero a norme non reciproche convenzionali, sottolinea che «ce sont les obligations qui sont qualifiées. Les expressions "traité intégral" et "traité interdépendant" sont inexactes. L'obligation intégrale, comme l'obligation interdépendante s'intègre dans un traité et ce n'est que par emprunt que l'on peut parler de traité de "type intégral" ou "de type interdépendant", ce qui atteste le fait qu'il sera parfois impossible de rattacher le traité à un type ou à un autre», F.COULÉE, *cit.*, p. 158-159. Vedi, in tal senso, anche Joost Pauwelyn, secondo il quale «it must be kept in mind that the distinction between bilateral and collective is to be determined obligation by obligation, not treaty by treaty», J.PAUWELYN, *A Typology of Multilateral Treaty Obligations: Are WTO Obligations Bilateral or Collective in Nature?*, *cit.*, p. 925.

¹⁹ Rientrano in questa categoria le norme dell'accordo GATT'94 e dell'accordo GATS che disciplinano la riduzione degli ostacoli agli scambi attraverso la stipulazione di liste di concessione. Vedi, in particolare, l'art. XXVIII bis dell'accordo GATT'94 ai sensi del quale: «1. Les parties contractantes reconnaissent que les droits de douane constituent souvent de sérieux obstacles au commerce; c'est pourquoi les négociations visant, sur une base de réciprocité et d'avantages mutuels, à la réduction substantielle du niveau général des droits de douane et des autres impositions perçues à l'importation et à l'exportation, en particulier à la réduction des droits élevés qui entravent les importations de marchandises même en quantités minimales, présentent, lorsqu'elles sont menées en tenant dûment compte des objectifs du présent Accord et des besoins différents de chaque partie contractante, une grande importance pour l'expansion du commerce international. En conséquence, les PARTIES CONTRACTANTES peuvent organiser périodiquement de telles négociations»; e l'art. XIX dell'accordo GATS ai sensi del quale: «1. Conformément aux objectifs du présent accord, les Membres engageront des séries de négociations successives, qui commenceront cinq ans au plus tard après la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC et auront lieu périodiquement par la suite, en vue d'élever progressivement le niveau de libéralisation. Ces négociations viseront à réduire ou à éliminer les effets défavorables de certaines mesures sur le commerce des services, de façon à assurer un

abbraccia tutte le norme degli accordi degli allegati 1A, 1B, 1C che stabiliscono a carico delle parti contraenti delle regole assolute di condotta²⁰.

La prima categoria di norme comporta uno scambio di prestazioni fra le parti contraenti. Lo Stato A, in effetti, s'impegna ad eliminare determinate barriere commerciali nei confronti di merci o servizi provenienti dallo Stato B a condizione che lo Stato B faccia altrettanto. Lo scambio di prestazioni è di carattere bilaterale, nonostante, in base alla clausola della nozione più favorita, ciascuna parte contraente s'impegni ad estendere a tutte le altre il trattamento più favorevole riservato ad una di esse²¹. In effetti, la

accès effectif aux marchés. Ce processus aura pour objet de promouvoir les intérêts de tous les participants sur une base d'avantages mutuels et d'assurer un équilibre global des droits et des obligations (...) 4. Le processus de libéralisation progressive sera poursuivi à chacune de ces séries de négociations, par voie de négociations bilatérales, plurilatérales ou multilatérales destinées à accroître le niveau général des engagements spécifiques contractés par les Membres au titre du présent accord». Rientrano parimenti in questa categoria le norme che disciplinano la condotta delle parti contraenti al fine di mantenere inalterato il livello di concessioni concordato. Vedi, a titolo d'esempio, l'art. 5 dell'accordo sulle sovvenzioni pubbliche e le misure compensative, ai sensi del quale: «Aucun Membre ne devrait causer, en recourant à l'une quelconque des subventions visées aux paragraphes 1 et 2 de l'article premier, d'effets défavorables pour les intérêts d'autres Membres, c'est-à-dire: a) causer un dommage à une branche de production nationale d'un autre Membre; b) annuler ou compromettre des avantages résultant directement ou indirectement du GATT de 1994 pour d'autres Membres, en particulier les avantages résultant de concessions consolidées en vertu de l'article II dudit accord; c) causer un préjudice grave aux intérêts d'un autre Membre».

²⁰ Rientrano in tale categoria le norme che disciplinano gli ostacoli non tariffari al commercio ed in particolare le norme contenute nell'accordo sugli ostacoli tecnici agli scambi (ai sensi dell'art. 2.2 «Les Membres feront en sorte que l'élaboration, l'adoption ou l'application des règlements techniques n'aient ni pour objet ni pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce international. A cette fin, les règlements techniques ne seront pas plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime, compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait. Ces objectifs légitimes sont, entre autres, la sécurité nationale, la prévention de pratiques de nature à induire en erreur, la protection de la santé ou de la sécurité des personnes, de la vie ou de la santé des animaux, la préservation des végétaux ou la protection de l'environnement»), nell'accordo sulle misure sanitarie e fitosanitarie (ai sensi dell'art. 1: Les Membres ont le droit de prendre les mesures sanitaires et phytosanitaires qui sont nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux à condition que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les dispositions du présent accord. Les Membres feront en sorte qu'une mesure sanitaire ou phytosanitaire ne soit appliquée que dans la mesure nécessaire pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou préserver les végétaux, qu'elle soit fondée sur des principes scientifiques et qu'elle ne soit pas maintenue sans preuves scientifiques suffisantes), alcuna norma contenute nell'accordo sulle sovvenzioni pubbliche (ai sensi dell'art. 3: «1. Exception faite de ce qui est prévu dans l'Accord sur l'agriculture, les subventions définies à l'article premier dont la liste suit seront prohibées: a) subventions subordonnées, en droit ou en fait, soit exclusivement, soit parmi plusieurs autres conditions, aux résultats à l'exportation, y compris celles qui sont énumérées à titre d'exemple dans l'Annexe I; b) subventions subordonnées, soit exclusivement, soit parmi plusieurs autres conditions, à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés. 3.2 Un Membre n'accordera ni ne maintiendra les subventions visées au paragraphe 1. ») ed infine le norme dell'accordo TRIPS (ai sensi dell'art. 1 «Les Membres donneront effet aux dispositions du présent accord. Les Membres pourront, sans que cela soit une obligation, mettre en oeuvre dans leur législation une protection plus large que ne le prescrit le présent accord, à condition que cette protection ne contrevienne pas aux dispositions dudit accord. Les Membres seront libres de déterminer la méthode appropriée pour mettre en oeuvre les dispositions du présent accord dans le cadre de leurs propres systèmes et pratiques juridiques. (...) Les Membres accorderont le traitement prévu dans le présent accord aux ressortissants des autres Membres »).

²¹ Ai sensi dell'art. 1, par. 1: «Tous avantages, faveurs, privilèges ou immunités accordés par une partie contractante à un produit originaire ou à destination de tout autre pays seront, immédiatement et sans

promessa di accordare il trattamento commerciale più favorevole a tutte le parti contraenti è effettuata singolarmente nei confronti di ogni parte contraente. Le norme appartenenti a questa categoria sono senz'altro reciproche. Infatti, la causa dell'impegno di ciascuna parte contraente consiste nell'esecuzione di una data prestazione da parte di tutte le altre. La clausola della nazione più favorita non altera il carattere reciproco dell'impegno assunto, ma semplicemente ne *moltiplica* gli effetti. Infatti, ogni parte s'impegna ad estendere a tutte le altre il trattamento più favorevole riservato ad una di esse, a condizione che le altre facciano altrettanto. L'unica peculiarità consiste nel fatto che l'estensione del trattamento avviene in relazione al pacchetto d'impegni complessivo concordato inizialmente con la "nazione più favorita" e non nei confronti del singolo prodotto o servizio. Di qui la scelta di alcuni autori di definire questo tipo di reciprocità *diffusa* anziché *specificata*²².

La seconda categoria di norme, invece, non prevede uno scambio di prestazioni, ma semplicemente un impegno unilaterale da parte delle singole parti contraenti ad osservare determinati standard di condotta. Gli obblighi di questa categoria possono quindi definirsi collettivi, ai fini dell'individuazione dei soggetti che possono invocare la responsabilità derivante dalla loro violazione, dal momento che la causa del vincolo delle parti contraenti è il rispetto della norma in quanto tale e non l'esecuzione di una data prestazione da parte degli altri membri²³.

Una volta chiarita la natura delle norme OMC, è possibile delimitare la sfera di soggetti che possono far valere la loro violazione.

condition, étendus à tout produit similaire originaire ou à destination du territoire de toutes les autres parties contractantes».

²² Vedi, J.PAUWELYN, *A Typology of Multilateral Treaty Obligations: Are WTO Obligations Bilateral or Collective in Nature?*, cit., p. 931.

²³ Joost Pauwelyn, al contrario, ritiene che anche questa categoria di norme presenti un carattere bilaterale. Egli giustifica tale conclusione sulla base del fatto che: «trade remains the object of those new WTO obligations. More importantly, unlike breach of collective obligations, even breach of more recent WTO obligations does not necessarily affect the individual rights of all other WTO Members(...)», infine, «these WTO obligations can also be 'differentiated or individualised' and their breach can be "considered as affecting any particular state considered alone"», J.PAUWELYN, *A Typology of Multilateral Treaty Obligations: Are WTO Obligations Bilateral or Collective in Nature?*, cit., p. 939. Gli argomenti addotti non sono convincenti. In primo luogo, l'oggetto, (peraltro in questo caso sotteso), di una norma non è un parametro determinante per stabilire se la norma in questione sia o meno collettiva (vedi *infra* nota n.17). In secondo luogo, la violazione di una norma collettiva può comportare la lesione di un diritto soggettivo dei destinatari di carattere meramente giuridico a prescindere dagli effetti materiali arrecati a ciascuno di essi. Da questo punto di vista, tutte le parti che si sono vincolate a rispettare degli standard di condotta risultano lese individualmente sul piano giuridico per la mancata osservanza della norma da parte di alcune di esse. Infine, il fatto che la violazione di una norma leda gli interessi materiali solo di alcuni stati non significa che tale norma non sia collettiva. In effetti, come è stato messo in luce nel primo paragrafo, è possibile che obblighi collettivi tutelino oltre ad interessi comuni, anche interessi materiali individuali. Di qui la possibilità prevista dall'art. 42 d'invocare la responsabilità per violazione di un obbligo collettivo da parte di uno Stato specialmente leso.

In base alle regole di diritto internazionale generale illustrate nel primo paragrafo, solo gli Stati individualmente lesi sul piano materiale possono invocare la responsabilità per violazione di norme OMC reciproche, ovvero delle norme che disciplinano il flusso di merci e servizi fra le parti contraenti, mentre tutte le parti contraenti possono far valere la violazione di norme OMC collettive, ovvero di tutte quelle norme che stabiliscono degli standard assoluti di condotta.

Resta, a questo punto, da valutare se l'ordinamento OMC preveda delle norme specifiche in materia d'invocazione, se tali norme possono essere interpretate od integrate dalle norme internazionali generali oppure se prevedono delle deroghe esplicite od implicite.

Ai sensi dell'art. 3.3 dell'Intesa di soluzione delle controversie, « Le règlement rapide de toute situation dans laquelle un Membre considère qu'un avantage résultant pour lui directement ou indirectement des accords visés se trouve compromis par des mesures prises par un autre Membre est indispensable au bon fonctionnement de l'OMC et à l'existence d'un juste équilibre entre les droits et les obligations des Membres ». A sua volta l'art. 3.7 stabilisce che « Avant de déposer un recours, un Membre jugera si une action au titre des présentes procédures serait utile ». Infine, ai sensi dell'art. 6, « 1. Si la partie plaignante le demande, un groupe spécial sera établi au plus tard à la réunion de l'ORD qui suivra celle à laquelle la demande aura été inscrite pour la première fois à l'ordre du jour de l'ORD, à moins qu'à ladite réunion l'ORD ne décide par consensus de ne pas établir de groupe spécial. 2. La demande d'établissement d'un groupe spécial sera présentée par écrit. Elle précisera si des consultations ont eu lieu, indiquera les mesures spécifiques en cause et contiendra un bref exposé du fondement juridique de la plainte, qui doit être suffisant pour énoncer clairement le problème. Dans le cas où la partie requérante demande l'établissement d'un groupe spécial dont le mandat diffère du mandat type, sa demande écrite contiendra le texte du mandat spécial proposé ».

Riferimenti alle condizioni che devono essere soddisfatte per promuovere un ricorso davanti ad un panel sono rinvenibili anche negli accordi materiali allegati. In particolare, l'art. XXIII dell'accordo GATT permette l'avvio di consultazioni ed eventualmente l'istituzione di un panel « dans le cas où une partie contractante considérerait qu'un avantage résultant pour elle directement ou indirectement du présent Accord se trouve annulé ou compromis, ou que la réalisation de l'un des objectifs de l'Accord est

entravée»²⁴. L'accordo GATS, a sua volta, all'art. XXIII, stabilisce che «Au cas où un Membre considérerait que tout autre Membre ne remplit pas les obligations ou engagements spécifiques qu'il a contractés au titre du présent accord, ledit Membre pourra, en vue d'arriver à un règlement mutuellement satisfaisant de la question, recourir au Mémorandum d'accord sur le règlement des différends». Infine, nell'accordo sulle sovvenzioni e le misure compensative, sono previste due disposizioni: l'art. 4.1, ai sensi del quale «chaque fois qu'un Membre aura des raisons de croire qu'une subvention prohibée est accordée ou maintenue par un autre Membre, ledit Membre pourra demander à tenir des consultations avec cet autre Membre» e l'art. 7.1 in base al quale: «chaque fois qu'un Membre aura des raisons de croire qu'une subvention, visée à l'article premier, accordée ou maintenue par un autre Membre, cause un dommage à une branche de sa production nationale, annule ou compromet certains de ses avantages ou cause un préjudice grave, ledit Membre pourra demander à tenir des consultations avec cet autre Membre».

Per quanto riguarda l'accordo GATS, l'art. XXIII modifica chiaramente le norme di diritto internazionale generale in materia d'invocazione, riconoscendo a tutte le parti contraenti la possibilità di promuovere un ricorso in seguito alla violazione di una norma GATS, a prescindere dai danni materiali subiti personalmente dal ricorrente. Questa disposizione contrasta nettamente con il diritto internazionale generale dal momento che riconosce un diritto d'invocazione *collettivo* anche nell'ipotesi di violazione di norme GATS aventi un carattere reciproco.

Gli art. 4.1 e 7.1 dell'accordo sulle sovvenzioni pubbliche e le misure compensative, al contrario, confermano le regole in materia d'invocazione previste dal diritto internazionale generale, dal momento che riconoscono a tutte le parti contraenti il diritto d'agire in caso di erogazione di un sussidio vietato, ovvero in caso di violazione di un obbligo collettivo (art. 4.1) e al tempo stesso limitano tale diritto alle sole parti lese materialmente, nell'ipotesi di erogazione di un sussidio che altera l'equilibrio commerciale concordato fra le parti contraenti, ovvero nell'ipotesi di violazione di un obbligo reciproco (art. 7.1).

²⁴ Formule analoghe sono utilizzate negli altri accordi dell'allegato 1A (vedi, l'art. 17.3 dell'accordo sull'attuazione dell'art. VI dell'accordo GATT, l'art. 11.1 dell'accordo sulle misure sanitarie e fitosanitarie, l'art. 14.1 dell'accordo sugli ostacoli tecnici agli scambi, l'art. 19 dell'accordo sull'agricoltura, l'art. 8 dell'accordo sulle ispezioni pre-imbarco, l'art. 6 dell'accordo sulle licenze d'importazione, l'art. 14 dell'accordo sulle misure di salvaguardia, l'art. 8 dell'accordo sull'origine delle merci, l'art. 19.2 dell'accordo sull'attuazione dell'art. VII del GATT, l'art. 8 dell'accordo sulle misure relative agli investimenti che incidono sugli scambi commerciali) e nell'accordo TRIPs (vedi l'art. 64).

Il rapporto fra le regole internazionali in materia d'invocazione e gli art. 3.3. e 3.7 dell'Intesa e l'art. XXIII dell'accordo GATT'94, invece, è più difficile da decifrare. In effetti, fatta eccezione per la possibilità, contemplata dall'art. XXIII, di promuovere un ricorso nell'ipotesi in cui la condotta di una parte contraente costituisca un ostacolo per la realizzazione degli obiettivi del trattato²⁵, tali disposizioni possono essere interpretate in senso restrittivo e conforme al diritto internazionale, oppure in senso estensivo e difforme rispetto ai principi previsti dal testo di codificazione della CDI. In particolare, l'art. 3.7 dell'Intesa pone come unica condizione per invocare la responsabilità l'utilità del ricorso per la parte ricorrente. L'art. 3.3 dell'Intesa e l'art. XXIII del GATT'94 stabiliscono come condizione aggiuntiva il fatto che la parte contraente si consideri lesa direttamente oppure indirettamente.

Tenuto conto che le nozioni di ricorso *utile* e di danno *diretto* o *indiretto* non sono specificate, il diritto internazionale generale potrebbe contribuire a colmare tali lacune.

Se si accoglie il concetto di regime speciale e si applica la regola *lex specialis derogat legi generali* per disciplinare i rapporti fra diritto OMC e diritto internazionale, le nozioni di ricorso utile e di danno diretto o indiretto non solo potranno, ma addirittura dovranno essere interpretate ed integrate dalle regole internazionali in materia d'invocazione codificate nel testo della CDI²⁶. Pertanto, se si segue tale impostazione, un ricorso sarà considerato utile solamente nella misura in cui miri a proteggere gli interessi giuridici e/o materiali della parte ricorrente. In particolare, nell'ipotesi in cui ad essere violata sia una norma OMC *reciproca*, solo la parte contraente destinataria dell'obbligo potrà soddisfare tale condizione. Il danno individuale subito dovrà essere materiale e corrisponderà alla categoria dei danni *diretti* menzionati nell'art. 3.3. dell'Intesa e nell'art. XXIII

²⁵ Tale norma, a differenza del diritto internazionale generale, consente a tutte le parti contraenti di promuovere un ricorso, a prescindere dal danno materiale subito personalmente, senza operare una distinzione fra norme GATT reciproche e norme GATT collettive. In realtà, quasi nessuna parte contraente nel quadro del GATT'47 e nessuna parte contraente nel quadro del GATT'94 ha promosso un ricorso facendo leva sul fatto che la misura contestata ostacolasse la realizzazione degli obiettivi del trattato. Di fatto, quindi, questa norma è caduta in desuetudine. La rilevanza estremamente circoscritta che questo particolare tipo di ricorso è destinato ad avere nel quadro dell'ordinamento OMC è confermata dal fatto che nell'art. 3.3 dell'Intesa di soluzione delle controversie, che riprende la formulazione prevista dall'art. XXIII dell'accordo GATT al fine di estenderla a tutti i trattati la possibilità d'invocare la mancata realizzazione di un obiettivo, è stata omessa.

²⁶ In effetti, se le norme OMC non sono altro che norme speciali di diritto internazionale, le norme internazionali generali sono vincolanti nei confronti delle parti contraenti dell'OMC sempre, eccetto nell'ipotesi in cui quest'ultime siano derivate dalle prime. Nel caso di specie, il contenuto delle norme OMC in materia d'invocazione, fatta eccezione per i casi prima menzionati, non è incompatibile con il regime previsto dal testo di codificazione della CDI. In effetti, il dettato delle norme OMC è così flessibile da ammettere un'applicazione contestuale del diritto internazionale generale.

dell'accordo GATT. Qualora, invece, la norma OMC violata sia *collettiva*, il ricorso sarà sempre utile per tutte le parti contraenti, dal momento che tutte possiedono un interesse per lo meno giuridico all'osservanza della norma. In assenza di danni materiali individuali, le parti ricorrenti, quindi, potranno far valere solamente un danno giuridico che corrisponderà alla categoria dei danni *indiretti*.

In realtà, gli art. 3.3 e 3.7 dell'Intesa e l'art. XXIII dell'accordo GATT, nell'unico caso²⁷ in cui panel ed Organo di appello si sono pronunciati esplicitamente²⁸ sulla loro portata, sono stati interpretati ed applicati in modo non conforme al diritto internazionale generale. Nella fattispecie, gli Stati Uniti hanno promosso un ricorso nei confronti della Comunità europea per aver imposto delle restrizioni quantitative discriminatorie nei confronti delle banane provenienti da paesi terzi diversi dagli Stati ACP. La Comunità europea ha contestato la validità della richiesta d'istituzione di un panel da parte degli Stati Uniti facendo valere l'assenza, in seno alla parte ricorrente, di un interesse ad agire²⁹. Gli Stati Uniti, dal canto loro, hanno sostenuto, prima di tutto, che l'ordinamento OMC ed in particolare l'art. XXIII del GATT consente a tutte le parti contraenti di promuovere un ricorso per garantire il rispetto della legalità a prescindere dai danni subiti

²⁷ Rapporto del panel, *Communautés européennes - Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes. Plainte déposée par les Etats-Unis*, WT/DS27/R/USA, 22 maggio 1997 e corrispondente rapporto dell'Organo di appello, WT/DS27/AB/R, 9 settembre 1997.

²⁸ In altri due casi, la parte ricorrente non possedeva una qualità per agire manifesta dal momento che non aveva subito alcun danno materiale dalla violazione. Panel ed Organo di appello non si sono però pronunciati su tale aspetto poiché la parte convenuta non ha sollevato alcuna obiezione al riguardo. Vedi, rapporto del panel *Etats-Unis - article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits*, WT/DS176/R, 16 agosto 2001 e il corrispondente rapporto dell'Organo di appello, WT/DS176/AB/R, 2 gennaio 2002 e il rapporto del panel *Etats-Unis - mesures de sauvegarde définitives à l'importation de tubes et tuyaux de qualité carbone soudés, de section circulaire, en provenance de Corée*, WT/DS202/R, 29 ottobre 2001 e il corrispondente rapporto dell'Organo di appello, WT/DS202/AB/R, 15 febbraio 2002.

²⁹ In particolare, la Comunità aveva dichiarato che «des Etats-Unis n'avaient à ses yeux ni droit juridique ni intérêt juridique ou matériel à préserver dans l'affaire qu'ils avaient soumise au titre du GATT et des autres accords figurant à l'Annexe 1A de l'Accord sur l'OMC, puisqu'aucune des mesures correctives qu'ils pourraient obtenir ne leur serait de la moindre utilité: des mesures de compensation ou de rétorsion ne seraient pas dues, puisque les Etats-Unis n'avaient qu'une production symbolique de bananes et n'en avaient jamais vendu à la Communauté, ni même aux secteurs géographiques qui, sous l'empire de l'ancien régime, laissaient les bananes entrer pratiquement en franchise ou ne leur appliquaient que de faibles droits de douane. En outre, la CE considèrerait qu'un jugement déclaratoire serait pour eux sans intérêt, puisqu'il n'y avait pas d'indication sérieuse que leur production de bananes puisse dans l'avenir prévisible rendre des exportations effectivement possibles. Elle a évoqué le rapport du groupe de travail sur les *taxes intérieures brésiliennes* (premier rapport), qui avait à son sens bien précisé qu'un pays devait au moins avoir des "possibilités en tant qu'exportateur" pour pouvoir porter plainte contre un autre Membre. Au surplus, dans le système GATT/OMC, les Etats-Unis ne sauraient s'ériger individuellement en procureur pour agir dans l'intérêt général, et rien n'indiquait que ce système admit une *actio popularis* de la part de n'importe quel Membre contre toute infraction imputée par lui à n'importe quel autre Membre. Rien n'indiquait jusqu'ici que les groupes spéciaux fussent disposés à rendre des décisions déclaratoires à la demande de Membres qui n'y avaient aucun droit ou intérêt juridique, que ce fût sous la forme d'un intérêt commercial potentiel ou sous celle d'un droit à compensation ou rétorsion en vertu de l'article XXIII du GATT (article 22 du Mémorandum d'accord)», rapporto del panel, *Communautés européennes - Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes. Plainte déposée par les Etats-Unis*, cit., par. 2.21.

personalmente. In secondo luogo, hanno affermato che l'esistenza di un interesse giuridico e/o materiale individuale non deve essere comunque oggetto di verifica giurisdizionale da parte del panel dal momento che spetta alla parte ricorrente decidere, in modo del tutto discrezionale, se agire per tutelare i propri interessi commerciali oppure per garantire il rispetto del trattato³⁰.

Il panel ha deciso di accogliere il ricorso promosso dagli Stati Uniti sulla base del fatto che né l'art. 3.3 né l'art. 3.7 dell'Intesa, né l'art. XXIII dell'accordo GATT prescrivono esplicitamente che un Membro possieda un "interesse giuridico" per domandare l'istituzione di un panel. Il panel ha giustificato l'assenza di tale requisito sulla base del fatto che le norme GATT hanno come finalità la protezione delle possibilità di concorrenza e non dei flussi effettivi di merci. Per promuovere un ricorso è quindi sufficiente un danno commerciale potenziale e non effettivo. Inoltre, anche in assenza di danni commerciali potenziali, le parti contraenti possono essere interessate al mero rispetto delle norme OMC. In effetti, in virtù dell'interdipendenza crescente dell'economia mondiale, tutte le misure commerciali che alterano l'equilibrio di diritti ed obblighi negoziato fra due parti contraenti possono incidere indirettamente sugli interessi commerciali delle altre³¹.

L'Organo di appello, a sua volta, ha confermato la decisione del panel, facendo alcune precisazioni. In particolare, ha operato una distinzione fra *interesse giuridico*, quale presupposto per domandare l'istituzione di un panel, e *qualità per agire* davanti ad un panel³². Per quanto riguarda il primo aspetto, l'Organo di appello ha convenuto che non

³⁰ In particolare gli Stati Uniti hanno sostenuto che: «L'article XXIII du GATT, développé dans le Mémorandum d'accord, permettait à tout Membre préoccupé par l'incompatibilité des mesures prises par un autre Membre avec ses dispositions d'engager la procédure de règlement des différends. Celle-ci pouvait d'ailleurs aussi être engagée pour examiner des mesures qui n'étaient même pas prétendues incompatibles avec l'un quelconque des accords de l'OMC. L'"intérêt" qu'un Membre devait avoir pour engager la procédure était défini par l'intéressé lui-même: il pouvait le faire s'il jugeait que des avantages découlant pour lui, directement ou indirectement, du GATT se trouvaient annulés ou compromis, ou s'il considérait, en s'en rapportant à son propre jugement, que la réalisation d'un objectif quelconque du GATT se trouvait entravée ou compromise par suite de l'inexécution par un autre Membre des obligations qui lui incombaient en vertu du GATT. Telle était la procédure multilatérale suivant laquelle les gouvernements étaient convenus de traiter ces différends». Inoltre, secondo gli Stati Uniti, le parti contraenti «n'agissaient pas à la place d'autres parties, par une sorte d'*actio popularis*, comme le laissait entendre la CE. Elles soulevaient des questions en leur qualité de Membres de l'OMC et voulaient obtenir que la Communauté respecte les disciplines précises qu'elle avait acceptées, par les accords de l'OMC, de soumettre pour interprétation à la procédure de règlement des différends conformément aux dispositions du Mémorandum d'accord» vedi, rapporto del panel, *Communautés européennes - Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes. Plainte déposée par les Etats-Unis*, cit., par. 2.25-2.32.

³¹ Rapporto del panel, *Communautés européennes - Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes. Plainte déposée par les Etats-Unis*, cit., par. 7.49-7.51.

³² «Nous pensons comme le Groupe spécial que "ni l'article 3:3 ni l'article 3:7 du Mémorandum d'accord, ni aucune autre disposition du Mémorandum d'accord, ne contient de prescription exigeant explicitement qu'un Membre ait un "intérêt juridique" pour pouvoir demander l'établissement d'un groupe spécial". (...).

esiste alcuna disposizione nell'ordinamento OMC che prescriva una condizione procedurale di questo tipo. Tale condizione non può neppure essere dedotta dal diritto internazionale, poiché non esiste una regola internazionale generale «selon laquelle, dans le cadre des tribunaux internationaux, une partie plaignante doit avoir un "intérêt juridique" pour pouvoir déposer un recours»³³. Per quanto riguarda il secondo aspetto che attiene più al diritto sostanziale della responsabilità che non al diritto procedurale, l'Organo di appello, ha basato la propria decisione sull'art. 3.7 dell'Intesa, constatando che una parte contraente ha qualità per agire davanti un panel ed ha quindi diritto d'invocare la responsabilità di un altro membro a condizione che l'esito dell'azione sia utile nei suoi confronti³⁴. La parte attrice gode di un ampio margine di discrezionalità per valutare se tale requisito è soddisfatto. Nel caso di specie, l'interesse commerciale potenziale per l'esportazione di banane, nonché l'interesse al rispetto delle norme OMC, al fine di tutelare indirettamente altri interessi commerciali protetti dall'OMC, sono sufficienti per dimostrare che il ricorso promosso dagli Stati Uniti può essere utile nei loro confronti³⁵.

La decisione dell'Organo di appello è significativa per due motivi. In primo luogo, differenziando l'interesse giuridico, o meglio procedurale, per l'istituzione di un panel, dalla qualità per agire, ovvero dall'interesse giuridico e/o materiale ad invocare la responsabilità, l'Organo di appello risolve una contraddizione, peraltro solamente

Cependant, nous ne pensons pas que cela règle le point de savoir si, en l'espèce, les Etats-Unis ont "qualité" pour avancer des allégations au titre du GATT de 1994», rapporto dell'Organo di appello, *Communautés européennes - Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes. Plainte déposée par les Etats-Unis*, cit., par. 132.

³³ Rapporto dell'Organo di appello, *Communautés européennes - Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes. Plainte déposée par les Etats-Unis*, cit., par. 133.

³⁴ Per un commento approfondito sul concetto di utilità previsto dall'art. 3.7 dell'Intesa vedi R. S. J. MARTHA, *The Duty to Exercise Judgement on the Fruitfulness of Actions in World Trade Law*, in *Journal of World Trade*, 2001, pp. 1035-1059.

³⁵ «Nous pensons qu'un Membre a un large pouvoir d'appréciation pour décider s'il y a lieu de déposer un recours contre un autre Membre en vertu du Mémorandum d'accord. Le libellé de l'article XXIII:1 du GATT de 1994 et de l'article 3:7 du Mémorandum d'accord donne à penser, en outre, qu'un Membre devrait faire preuve d'une grande discipline pour décider si une action serait "utile". Nous sommes convaincus que les Etats-Unis étaient fondés en l'espèce à avancer leurs allégations au titre du GATT de 1994. Les Etats-Unis sont un producteur de bananes, et l'on ne peut exclure qu'ils ont un intérêt potentiel à l'exportation. Leur marché intérieur de la banane pourrait être affecté par le régime communautaire applicable à la banane, et en particulier par les effets de ce régime sur l'offre mondiale et les prix mondiaux de ce produit. Nous souscrivons également à la déclaration du Groupe spécial selon laquelle: ... vu l'interdépendance croissante de l'économie mondiale, ... les Membres ont plus que par le passé intérêt à faire respecter les règles de l'OMC car il est probable, plus que jamais, que tout ce qui porte atteinte à l'équilibre négocié de droits et d'obligations aura des conséquences directes ou indirectes pour eux», rapporto dell'Organo di appello, *Communautés européennes - Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes. Plainte déposée par les Etats-Unis*, cit., par. 135-136.

apparente, insita negli argomenti presentati dal panel³⁶. In secondo luogo, non utilizzando come sussidio interpretativo e normativo le norme internazionali generali sulla responsabilità³⁷, giunge ad una conclusione in merito alla portata del diritto d'invocazione diversa rispetto a quella fondata sull'assunto che le norme OMC siano norme speciali di diritto internazionale. In particolare, l'Organo di appello ha riconosciuto il diritto agli Stati Uniti d'invocare la responsabilità della Comunità per violazione di una norma reciproca di cui potenzialmente erano destinatari, nonostante i primi non avessero subito alcun danno materiale individuale imputabile direttamente al comportamento della seconda. Questa soluzione contrasta con la regola, codificata nell'art. 42 del testo della CDI, secondo la quale, solo lo Stato leso, ovvero solo lo Stato che subisce un danno materiale individuale, può far valere la responsabilità per violazione di una norma reciproca a lui rivolta. In altri termini, l'Organo di appello ha privilegiato una lettura estensiva degli art. 3.3, 3.7 e XXIII dell'ordinamento OMC in modo tale da includere nella sfera dei soggetti che possono reagire contro la violazione di norme OMC reciproche anche coloro che hanno subito un danno materiale meramente potenziale o indiretto.

Nonostante quest'interpretazione lata delle regole OMC in materia di *locus standi*, la distinzione fra norme reciproche e norme collettive, ai fini dell'individuazione dei soggetti che possono invocare la responsabilità, continua ad essere rilevante. Infatti, nell'ipotesi di violazione di un obbligo reciproco, la parte ricorrente dovrà pur sempre dimostrare di essere destinataria della norma bilaterale e di essere lesa economicamente,

³⁶ Il panel, in effetti, da un lato, ha negato che l'esistenza di un interesse giuridico costituisca un presupposto per l'istituzione di un panel, dall'altro ha fatto riferimento a condizioni alternative quali il possesso di un interesse sostanziale potenziale o un interesse giuridico al rispetto delle norme OMC, senza specificare che quest'ultime rispondono ad una finalità (invocazione della responsabilità) diversa dalla prima (istituzione del panel).

³⁷ L'Organo di appello si è limitato a citare alcune sentenze della Corte internazionale di giustizia (escludendo per altro l'esistenza di una norma internazionale generale in materia) per stabilire se uno Stato deve possedere un *interesse giuridico* per depositare un ricorso, ma non per chiarire le condizioni sostanziali che devo essere soddisfatte per invocare la responsabilità. Vedi, a tale proposito, il par.133: «Les participants au présent appel ont fait référence à certains arrêts de la Cour internationale de justice et de la Cour permanente de justice internationale concernant la question de savoir s'il faut, en droit international, avoir un intérêt juridique pour pouvoir déposer un recours (Aux paragraphes 9 et 10 de leur communication en tant qu'appelant, les CE font référence aux arrêts de la C.I.J. et de la C.P.J.I. dans les affaires suivantes: *Sud-Ouest africain* (2ème phase), C.I.J. Recueil 1966, page 4; *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (2ème phase), C.I.J. Recueil 1970, page 4; *Concessions Mavrommatis en Palestine*, C.P.J.I. (1925) série A, n° 2, page 1; *Wimbledon* C.P.J.I. (1923) série A, n° 1, page 1; et *Cameroun septentrional*, C.I.J. Recueil 1963, page 4. Au paragraphe 364 de leur communication en tant qu'intimé, les parties plaignantes font également référence à l'arrêt de la C.I.J. dans les affaires du *Sud-Ouest africain*) A nos yeux, aucun de ces arrêts n'établit une règle générale selon laquelle, dans le cadre des tribunaux internationaux, une partie plaignante doit avoir un "intérêt juridique" pour pouvoir déposer un recours».

anche se solo potenzialmente o indirettamente, dal comportamento illecito³⁸. Nell'ipotesi di violazione di una norma collettiva, invece, sarà sufficiente dimostrare l'avvenuta violazione.

Finora ci sono stati due casi in cui la parte contraente ha promosso un ricorso per violazione di norme OMC collettive, senza aver subito alcun danno economico potenziale o indiretto dal comportamento illecito³⁹. Tuttavia, tenuto conto che né panel né Organo di appello sono stati chiamati a pronunciarsi sul fondamento di tale azione, non è stato esplicitato il ruolo che il diritto internazionale generale potrebbe svolgere al riguardo. In astratto, è possibile semplicemente osservare che sarebbe difficile giustificare la legittimità di tale ricorso senza utilizzare come ausilio normativo l'art. 48 del testo di codificazione della CDI⁴⁰.

In generale, dovendo descrivere, sulla base delle decisioni dei panel e dell'Organo di appello, il rapporto di fatto esistente fra diritto OMC e diritto internazionale in materia

³⁸ Vedi, in tal senso, J. PAUWELYN, *A Typology of Multilateral Treaty Obligations: Are WTO Obligations Bilateral or Collective in Nature?*, cit., p. 942-943.

³⁹ Nel caso *Etats-Unis - article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits*, gli Stati Uniti sono stati accusati dalla Comunità europea di trattare in modo discriminatorio i titolari originari di diritti di proprietà intellettuale di nazionalità cubana rispetto a coloro che possedevano la nazionalità americana. La richiesta della Comunità è stata accolta, nonostante la violazione dell'accordo TRIPs non arrecasse alcun danno ai cittadini comunitari. Vedi, rapporto dell'Organo di appello, *Etats-Unis - article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits*, WT/DS176/AB/R, 2 gennaio 2002. Nel caso *Etats-Unis - mesures de sauvegarde définitives a l'importation de tubes et tuyaux de qualité carbone soudés, de section circulaire, en provenance de Corée*, la richiesta da parte della Corea di far valere la responsabilità degli Stati Uniti per violazione dell'art. 9.1 dell'accordo sulle misure di salvaguardia, è stata accolta nonostante tale disposizione riguardi solamente i Paesi in via di sviluppo (ai sensi dell'art. 9.1 dell'accordo sulle misure di salvaguardia: « Des mesures de sauvegarde ne seront pas appliquées à l'égard d'un produit originaire d'un pays en développement Membre tant que la part de ce Membre dans les importations du produit considéré du Membre importateur ne dépassera pas 3 pour cent, à condition que les pays en développement Membres dont la part dans les importations est inférieure à 3 pour cent ne contribuent pas collectivement pour plus de 9 pour cent aux importations totales du produit considéré ») e la Corea, in base al diritto dell'OMC, non è considerata tale. Vedi il rapporto dell'Organo di appello *Etats-Unis - mesures de sauvegarde définitives a l'importation de tubes et tuyaux de qualité carbone soudés, de section circulaire, en provenance de Corée*, WT/DS202/AB/R, del 15 febbraio 2002.

⁴⁰ Joost Pauwelyn, invece, esprime delle perplessità sulla possibilità che le norme oggetto di ricorso nel quadro delle due controversie possano essere collettive e ritiene che in entrambi i casi, la parte attrice ha agito non tanto per proteggere il proprio interesse giuridico quanto per tutelare l'interesse di un altro soggetto materialmente leso. Tale tesi non è condivisibile nella misura in cui né la Comunità nel caso *Etats-Unis - article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits* né la Corea, nel caso *Etats-Unis - mesures de sauvegarde définitives a l'importation de tubes et tuyaux de qualité carbone soudés, de section circulaire, en provenance de Corée*, hanno dichiarato di agire per conto di altri soggetti, mentre, come si mette in rilievo nel commento all'art. 48, normalmente « dans les cas où cette faculté a été utilisée, une nette distinction a été faite entre la qualité pour agir de l'État demandeur et les intérêts des bénéficiaires de l'obligation en cause », p. 348.

d'invocazione della responsabilità, è possibile delineare tre modelli distinti d'interazione : integrazione⁴¹, abrogazione esplicita⁴² e disapplicazione.

Sia l'integrazione che l'abrogazione esplicita possono essere giustificate partendo dall'assunto che il diritto dell'OMC è una fonte speciale del diritto internazionale oppure considerando l'OMC un ordinamento particolare dell'ordinamento internazionale generale. La terza ipotesi, corrispondente alla disapplicazione, invece, può essere giustificata solamente considerando il diritto OMC un ordinamento particolare. In effetti, se si accoglie il concetto di regime speciale, ovvero se si applica il principio *lex specialis derogat legi generali* per descrivere i rapporti fra norme OMC e norme internazionali, quest'ultime non producono effetti giuridici nel quadro dell'OMC solo qualora siano abrogate da norme OMC manifestamente incompatibili con esse. Questo, però, non è il caso degli art. 3.3 e 3.7 dell'Intesa che possono essere interpretati ed applicati in modo compatibile con l'art. 42 del testo della CDI. Se si accoglie, invece, il concetto di ordinamento particolare, l'estensione della sfera dei soggetti che possono invocare la responsabilità nei confronti di norme reciproche, in violazione dell'art. 42 del testo di codificazione, può essere giustificata in virtù del fatto che favorisce il controllo di legalità e quindi, indirettamente, la protezione degli obiettivi perseguiti dall'ordinamento⁴³. In altri termini, l'art. 42 non viene abrogato, ma semplicemente disapplicato al fine di rafforzare l'efficacia giuridica dell'ordinamento particolare.

1.3 Gli Stati autorizzati a ricorrere allo strumento delle contromisure nel diritto internazionale e nel diritto dell'OMC

La distinzione fra obblighi reciprochi ed obblighi collettivi è rilevante non solo per delimitare la sfera di soggetti che possono invocare la responsabilità, ma anche per

⁴¹ Per *integrazione* s'intende applicazione del diritto internazionale generale a titolo sussidiario per integrare le lacune del diritto dell'OMC. In materia d'invocazione, gli art. 42 e 48 del testo della CDI non sono mai stati utilizzati in tal senso né da un panel, né dall'Organo di appello. Questo non significa che in futuro non possano contribuire a chiarire la portata delle norme OMC in materia di *locus standi*, soprattutto nell'ipotesi in cui il ricorso abbia per oggetto la violazione di una norma collettiva e la parte attrice non abbia subito alcun danno materiale.

⁴² Per *abrogazione esplicita* s'intende non applicazione del diritto internazionale generale a causa dell'esistenza di norme OMC che prevedono un regime con esso incompatibile. Come è stato messo in luce prima, l'art. XXIII del GATS abroga esplicitamente le norme di diritto internazionale che disciplinano l'invocazione dal momento che riconosce a tutte le parti contraenti la possibilità di promuovere un ricorso in seguito alla violazione di una norma reciproca GATS, a prescindere dai danni materiali subiti personalmente dal ricorrente.

⁴³ Per un'analisi articolata del riflesso che il regime OMC in materia d'invocazione ha sul rispetto della legalità, vedi Y. IWASAWA, *WTO Dispute Settlement as Judicial Supervision*, in *Journal of International Economic Law*, 2002, pp. 287-305.

chiarire gli strumenti che quest'ultimi hanno a disposizione per reagire all'illecito. Nell'ipotesi di violazione di una norma reciproca, lo Stato destinatario dell'obbligo può, in effetti, da un lato, richiedere la cessazione dell'illecito e la riparazione dei danni subiti, dall'altro, prendere delle contromisure. Nell'ipotesi di violazione di una norma collettiva, gli Stati diversi da quelli che hanno subito un danno materiale individuale, possono, a loro volta, richiedere la cessazione dell'illecito e la riparazione, per conto dei soggetti effettivamente lesi, mentre devono limitarsi a prendere misure "lecite" per indurre lo Stato responsabile ad osservare gli obblighi secondari scaturiti dalla violazione.

Ai sensi dell'art. 54 del testo di codificazione, in effetti, «Le présent chapitre est sans préjudice du droit de tout État, habilité en vertu de l'article 48, paragraphe 1, à invoquer la responsabilité d'un autre État, de prendre des mesures licites à l'encontre de ce dernier afin d'assurer la cessation de la violation ainsi que la réparation dans l'intérêt de l'État lésé ou des bénéficiaires de l'obligation violée».

L'espressione "misure lecite" è stata oggetto d'interpretazioni diverse da parte della dottrina. Alcuni autori, ritengono che la formula "misure lecite" debba essere interpretata nel senso di misure lecite *per se*. In altri termini, in base all'art. 54, il diritto internazionale riconosce agli Stati che hanno subito un danno giuridico per violazione di una norma collettiva esclusivamente il diritto di reagire all'illecito tramite lo strumento della ritorsione e non della contromisura⁴⁴. Altri autori, al contrario, sostengono che per misure lecite debbano intendersi contromisure adottate conformemente alle regole codificate nel secondo capitolo della terza parte del testo di codificazione⁴⁵.

Quale che sia l'interpretazione che si voglia privilegiare, la formulazione volutamente ambigua dell'art. 54 riflette le difficoltà che la CDI ha incontrato per disciplinare il

⁴⁴ In particolare, secondo Denis Alland, «s'agissant de l'article 54, on ne voit pas comment, en se limitant aux mesures licites, ce texte pourrait «ne pas préjuger» de la question du recours aux contre-mesures qui sont par définition intrinsèquement illicites. C'est toute la différence entre les mesures de rétorsion qui sont *per se* licites et les contre-mesures qui, intrinsèquement illicites, ne deviennent licites que parce qu'elles sont justifiées et répondent à certaines conditions», D.ALLAND, *Contre-mesures et violations des obligations résultant des normes impératives*, in P.-M.DUPUY, (sous la direction de), *Obligations multilatérales, droit impératif et responsabilité internationale des États*, Pedone, Paris, 2003, p. 180.

⁴⁵ In particolare, Linos-Alexandre Sicilianos giunge a questa conclusione facendo leva sul fatto che, «des rétorsions ont été explicitement exclues du champ d'application du projet; que le fait de permettre les rétorsions et d'y consacrer une disposition spécifique à cet effet n'a pas de sens étant donné que les rétorsions sont permises de toute façon; et enfin, que les contre-mesures sont, elles aussi, des «mesures licites» étant donné que leur illicéité est exclue en vertu de l'article 22 - et du droit coutumier-dans la mesure où elles sont prises conformément aux conditions de procédure et de fond codifiées pour l'essentiel dans les articles 49-53», vedi L.-A. SICILIANOS, *Classification des obligations et incidence de la dimension multilatérale sur les résultats atteints dans la codification de 2001 du droit de la responsabilité internationale des États*, in P.-M.DUPUY, (sous la direction de), *Obligations multilatérales, droit impératif et responsabilité internationale des États*, cit., p. 75.

ricorso allo strumento delle *contromisure d'interesse generale*⁴⁶. Come si sottolinea nel commento all'art. 54 «en l'état actuel du droit international, l'incertitude plane en ce qui concerne les contre-mesures prises dans l'intérêt général ou collectif. La pratique des États est peu abondante et seul un nombre limité d'États sont concernés. À l'heure actuelle, il semble que rien n'autorise clairement les États visés à l'article 48 à prendre des contre-mesures dans l'intérêt collectif. En conséquence, il n'est pas approprié d'inclure dans les présents articles une disposition sur la question de savoir si d'autres États, identifiés à l'article 48, peuvent prendre des contre-mesures pour inciter l'État responsable d'un fait internationalement illicite à s'acquitter de ses obligations»⁴⁷. L'art. 54, è chiamato a svolgere, perciò la funzione di una clausola di salvaguardia, lasciando aperta la possibilità di regolare la questione delle contromisure d'interesse generale, in futuro, in seguito ad uno sviluppo ulteriore del diritto internazionale.

Per quanto riguarda il diritto dell'OMC, non vi sono disposizioni che differenziano le misure che le parti contraenti sono autorizzate a prendere per reagire ad un illecito, in funzione della natura, reciproca o collettiva, dell'obbligo violato. Al tempo stesso, l'art. 22 dell'Intesa autorizza le parti contraenti a sospendere concessioni o altri obblighi OMC solo se il loro effetto è equivalente al livello di annullamento o riduzione dei vantaggi derivanti dalle norme OMC originariamente violate⁴⁸. In altri termini, l'esistenza di un danno materiale individuale sembra costituire una *conditio sine qua non* per valutare il livello di concessioni che possono essere sospese, e, quindi, *mutatis mutandis*, per autorizzare le parti contraenti a ricorrere allo strumento delle contromisure. Se questo è vero, l'art. 22 precluderebbe agli Stati lesi solo giuridicamente, per violazione di una norma collettiva, di prendere delle contromisure.

Verificare tale ipotesi alla luce della prassi arbitrale non è semplice dal momento che finora le richieste di contromisure sottoposte agli arbitri ex art. 22 hanno avuto sempre per oggetto violazioni di norme reciproche. Al tempo stesso, in due casi, la parte

⁴⁶ «L'expression est proposée par préférence à «contre-mesures collectives» souvent employée, laquelle donne l'illusion d'une réaction concertée là où il n'est question que d'initiatives individuelles, quand bien même elles seraient plurielles», D.ALLAND, *Contre-mesures et violations des obligations résultant des normes impératives*, cit., p. 168.

⁴⁷ Commento all'art. 54, p. 381.

⁴⁸ Vedi, in tal senso, anche l'art. 7.9 dell'accordo sulle sovvenzioni e le misure compensative ai sensi del quale: «Dans le cas où le Membre n'aura pas pris des mesures appropriées pour éliminer les effets défavorables de la subvention ou retirer la subvention dans un délai de six mois à compter de la date à laquelle l'ORD aura adopté le rapport du groupe spécial ou le rapport de l'Organe d'appel, et en l'absence d'accord sur une compensation, l'ORD accordera au Membre plaignant l'autorisation de prendre des contre-mesures proportionnelles au degré et à la nature des effets défavorables dont l'existence aura été déterminée, à moins que l'ORD ne décide par consensus de rejeter la demande (corsivo aggiunto)».

ricorrente ha chiesto di includere nella quantificazione dei danni subiti per il mancato rispetto di una norma reciproca, anche quelli indiretti o giuridici, assimilabili in termini di contenuto, al pregiudizio che potrebbe scaturire dalla violazione di una norma collettiva. In entrambe le controversie, l'arbitro ha interpretato in modo restrittivo l'art. 22 ed ha riconosciuto agli Stati lesi per violazione di una norma reciproca il diritto di sospendere un livello di concessioni equivalente a soli danni materiali effettivamente subiti. In particolare, nel caso *Communautés européennes – régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*⁴⁹ gli Stati Uniti hanno valutato il livello di annullamento dei benefici derivante dalla violazione dell'art. XXIII del GATT includendovi le perdite subite a causa della riduzione delle esportazioni di merci e servizi funzionali alla produzione di banane nei paesi latino americani. Secondo gli Stati Uniti, la Comunità era responsabile *indirettamente* di questi danni dal momento che il trattamento doganale discriminatorio da essa riservato alla banane latinoamericane aveva causato una flessione della produzione di banane in America latina e di conseguenza una riduzione delle esportazioni di merci e servizi collegati a questo settore, provenienti dagli Stati Uniti. L'arbitro ha respinto la richiesta degli Stati Uniti facendo leva sul carattere reciproco della norma violata e quindi sulla necessità di calcolare gli effetti causati dalla violazione tenendo conto solamente delle ripercussioni commerciali che l'illecito aveva avuto sul flusso di merci e servizi fra Stati Uniti e Comunità e non fra Stati Uniti e paesi terzi⁵⁰. I danni commerciali indiretti derivanti dalla violazione di

⁴⁹ Decisione arbitrale, *Communautés européennes – régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS27/ARB, 9 aprile 1999.

⁵⁰ In particolare, l'arbitro ha sottolineato che «la pratique antérieure en matière de règlement des différends montre que les dispositions concernant la non-discrimination ont été interprétées comme protégeant les "possibilités de concurrence" ou l'"égalité effective des possibilités" offertes aux produits étrangers qui risquent d'être compromises par "toutes lois et [tous] règlements qui pourraient altérer (...) les conditions de la concurrence entre le produit d'origine nationale et le produit d'importation. Tous ces rapports antérieurs de groupes spéciaux concernaient l'annulation ou la réduction alléguée de possibilités de commerce potentiel au titre de la clause du traitement national. (...) Par conséquent, la notion qui sous-tend la protection des possibilités de commerce *potentiel* est celle de commerce *potentiel* entre la partie plaignante et la partie défenderesse. De même, dans le cas d'une violation alléguée de la clause de traitement NPF, un différend porterait sur le commerce entre la partie plaignante ou un pays tiers, d'une part, et la partie défenderesse d'autre part. Nous sommes d'avis que la norme à utiliser pour le calcul du niveau d'annulation ou de réduction des courants d'échanges des États-Unis devrait être les pertes subies par les États-Unis en termes d'exportations de marchandises vers les Communautés européennes et les pertes subies par les fournisseurs de services des États-Unis en termes de fourniture de services dans les CE ou aux CE. Toutefois, nous pensons que les pertes subies par les États-Unis en termes d'exportations de marchandises ou de services *entre les États-Unis et les pays tiers* ne constituent pas une annulation ou une réduction d'avantages ne serait-ce qu'*indirects* résultant pour les États-Unis du GATT ou de l'AGCS pour laquelle les Communautés européennes risquent une suspension de concessions. Dans la mesure où l'évaluation faite par les États-Unis de l'annulation ou de la réduction d'avantages inclut les *pertes en termes d'exportations des États-Unis* définies comme la teneur en éléments des États-Unis incorporés dans les bananes latino-américaines (par exemple les engrais, pesticides et machines des États-Unis expédiés en

una norma reciproca risultano pertanto costituire un titolo giuridico sufficiente per invocare la responsabilità e richiedere la cessazione dell'illecito, ma non per prendere delle contromisure⁵¹.

Nel secondo caso⁵², i danni subiti dalla Comunità per violazione di una norma OMC reciproca erano esclusivamente di carattere giuridico. In effetti, l'illecito constatato da panel ed Organo di appello consisteva nell'adozione di una misura legislativa, la Legge antidumping del 1916, e non nella sua applicazione. In assenza di danni materiali quantificabili, la Comunità ha suggerito di valutare l'equivalenza fra effetti prodotti dall'illecito e quelli derivanti dalla eventuale sospensione degli obblighi OMC in termini *qualitativi* e non *quantitativi* ed ha domandato l'autorizzazione per adottare una misura simmetrica alla Legge antidumping del 1916. L'arbitro, ha respinto la richiesta della CE sottolineando che misure simili possono produrre effetti diversi⁵³. Al tempo stesso, ha convenuto che la Legge antidumping è idonea a produrre un annullamento dei vantaggi derivanti dal rispetto degli accordi OMC e ha identificato un criterio credibile e verificabile per quantificare questi danni. In particolare, ha suggerito di utilizzare come parametro il valore monetario corrispondente alle sentenze definitive, basate sulla Legge

Amérique latine et les capitaux ou services de gestion des États-Unis utilisés pour la culture des bananes), nous ne prenons pas en compte ces pertes en termes d'exportations des États-Unis pour calculer l'annulation ou la réduction d'avantages dans la présente procédure d'arbitrage entre les Communautés européennes et les États-Unis», vedi decisione arbitrale, *Communautés européennes – régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, cit., par. 6.11-6.12.

⁵¹ « La présomption d'annulation ou de réduction d'avantages dans le cas d'une infraction à une disposition du GATT visée à l'article 3:8 du Mémorandum d'accord ne peut à elle seule être considérée simultanément comme un *élément de preuve* établissant un niveau particulier d'annulation ou de réduction d'avantages prétendument subie par un Membre qui demande l'autorisation de suspendre des concessions au titre de l'article 22 du Mémorandum d'accord beaucoup plus tard dans la procédure de règlement des différends de l'OMC. L'examen du niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages effectué par les arbitres sur la base de la norme objective prévue à l'article 22 du Mémorandum d'accord est un processus distinct, indépendant de la constatation d'infractions aux règles de l'OMC faite par un groupe spécial ou par l'Organe d'appel. De ce fait, les intérêts qu'un Membre peut avoir dans le commerce des marchandises ou des services, ou son intérêt dans une détermination des droits et obligations au titre des Accords de l'OMC, sont suffisants pour établir que ce Membre est fondé en droit à engager une procédure de règlement des différends dans le cadre de l'OMC. Toutefois, l'intérêt juridique qu'a un Membre à ce que d'autres Membres donnent suite aux recommandations et décisions ne signifie pas automatiquement à notre avis que ce Membre est habilité à obtenir l'autorisation de suspendre des concessions au titre de l'article 22 du Mémorandum d'accord.», Decisione arbitrale, *Communautés européennes – régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, cit., par. 6.10.

⁵² Decisione arbitrale, *Etats-Unis – Loi antidumping de 1916 (plainte initiale des Communautés européennes)*. *Recours des Etats-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS136/ARB, 24 febbraio 2004.

⁵³ «Des mesures semblables, voire identiques, peuvent avoir des effets dissemblables sur le commerce. Autrement dit, des mesures semblables ou identiques peuvent ne pas aboutir à l'équivalence requise entre le niveau de la suspension et le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages» par. 5.32.

1916, pronunciate nei confronti delle società comunitarie e delle corrispondenti filiali⁵⁴. In altri termini, ha comunque ricondotto la nozione di danni passibili di valutazione ai fini dell'adozione di contromisure, al pregiudizio materiale arrecato alla Comunità tramite l'*applicazione* della Legge antidumping nei confronti delle sue società e filiali⁵⁵. Ricapitolando, in entrambi i casi, i danni meramente giuridici non sono stati presi in considerazione al fine di autorizzare la parte contraente lesa a prendere delle contromisure equivalenti. Si potrebbe, quindi, concludere, che l'art.22 non permette agli Stati che non hanno subito danni materiali di reagire a violazioni di norme collettive. In realtà, è importante non dimenticare che le decisioni dei due arbitri vertevano sulla violazione di una norma reciproca, ovvero di una norma, la cui mancata osservanza nei confronti di uno Stato, per definizione, provoca non solo un danno giuridico, ma anche materiale. In altri termini, l'accertamento di un danno materiale era necessario per attestare *l'esistenza effettiva dell'illecito nei confronti della parte ricorrente e, mutatis mutandis*, per autorizzare quest'ultima a reagire alla violazione.

Non è detto, perciò, che, nell'ipotesi di violazione di una norma collettiva, lo Stato leso solo giuridicamente debba essere lasciato privo di mezzi di reazione. Gli arbitri, in effetti, non hanno escluso esplicitamente la possibilità di sospendere obblighi il cui effetto sia equivalente ai danni giuridici subiti dalla violazione. Essi hanno solamente espresso la necessità di utilizzare parametri quantitativi e verificabili per misurare i danni subiti dalla parte ricorrente.

La possibilità che gli arbitri, in futuro, riconoscano il diritto di sospendere gli obblighi OMC a Stati giuridicamente lesi da una norma collettiva in base all'art. 22 dell'Intesa non è da escludere soprattutto se si tiene conto del fatto che tale facoltà è stata già accordata nel quadro di un ricorso promosso in base all'art. 4.11 dell'accordo sulle sovvenzioni e le misure compensative⁵⁶.

L'art. 4.11 dell'accordo SMC, a differenza dell'art. 22 dell'Intesa, non fa alcun riferimento all'equivalenza fra effetti derivanti dall'adozione di contromisure ed effetti prodotti dall'illecito⁵⁷. Esso, quindi, non *esigendo* una "quantificazione" dei danni

⁵⁴ Vedi par. 5.58.

⁵⁵ « Selon nous, chaque *application* de la Loi (...) habiliterait les Communautés européennes à relever de façon concomitante le niveau de leur suspension d'obligations (corsivo aggiunto) » par. 6.17.

⁵⁶ Decisione arbitrale, *États-Unis - traitement fiscal des "sociétés de ventes à l'étranger"*. *Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du mémorandum d'accord sur le règlement des différends et de l'article 4.11 de l'accord SMC*, WT/DS108/ARB, 30 agosto 2002.

⁵⁷ Ai sensi dell'art. 4.11 dell'accordo, « dans le cas où une partie au différend demandera un arbitrage conformément au paragraphe 6 de l'article 22 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, l'arbitre déterminera si les contre-mesures sont appropriées ».

giuridici subiti dalla parte lesa, permette all'arbitro di autorizzare più agevolmente il ricorso a contromisure d'interesse generale. Questo è quanto è avvenuto nel caso *États-Unis - traitement fiscal des "sociétés de ventes à l'étranger"*, in cui l'arbitro, nonostante gli Stati Uniti avessero richiesto d'interpretare l'art. 4.11 alla luce dell'art. 22 dell'Intesa e di valutare il carattere appropriato delle contromisure in funzione dei danni commerciali effettivamente arrecati alla parte ricorrente, ha accordato a *tutte* le parti contraenti, facendo leva sulla natura *collettiva* della norma violata, il diritto di prendere delle contromisure proporzionali non tanto ai danni materiali subiti, quanto all'entità di sussidi vietati erogati, ovvero alla misura illecita da neutralizzare⁵⁸. Le contromisure d'interesse generale hanno così fatto ingresso nell'ordinamento OMC. Questo è stato possibile grazie all'esistenza di una disposizione specifica, l'art. 4.11, che accoglie una nozione lata di contromisure, e grazie al ricorso alla nozione internazionale di obbligo *erga omnes*. Il diritto internazionale generale, quindi, è stato implicitamente⁵⁹ utilizzato per qualificare una norma OMC come collettiva e per mettere in luce le implicazioni che ne derivano in termini di sfera degli interessi lesi delle parti contraenti, ma non per giustificare il diritto al ricorso allo strumento delle contromisure generali. L'assenza di un rinvio al diritto internazionale, in quest'ultimo caso, può essere compresa se si tiene conto che l'ordinamento internazionale, come è stato messo in luce all'inizio del paragrafo, non è ancora in grado di offrire una base giuridica solida in materia.

Ricapitolando, le contromisure d'interesse generale sono state autorizzate per reagire alla violazione di una norma collettiva nel quadro dell'accordo sulle sovvenzioni. Esse, in futuro, potrebbero essere autorizzate anche per reagire alla violazione di altre norme collettive afferenti ad altri accordi OMC. L'autorizzazione, in base all'art. 22 dell'Intesa, di una misura di questo tipo, tenuto conto che è già stata concessa nel quadro dell'accordo SMC non è impossibile, ma semplicemente più onerosa, dal momento che

⁵⁸ « Le maintien de la mesure illégale par le Membre concerné - en violation de ses obligations - a, en lui-même, pour effet de perturber l'équilibre des droits et des obligations entre les parties, indépendamment de ce que pourraient être, en fait, les effets réels sur le commerce du plaignant(...) . Une telle considération ne peut raisonnablement être interprétée que comme un facteur aggravant plutôt qu'un facteur atténuant, à prendre dûment en compte dans notre évaluation du point de savoir si les contre-mesures sont appropriées.⁵⁸ En fait, elle nous prescrit d'examiner le "caractère approprié" des contre-mesures au titre de l'article 4.10 dans cette perspective de contrer un acte illicite et de tenir compte de sa nature essentielle en tant que facteur de perturbation des droits et des obligations entre les Membres. Telle est, concluons-nous, la façon dont il nous est prescrit d'évaluer la question. Par comparaison, il ne nous est pas effectivement prescrit, par exemple, d'examiner les effets démontrés de la mesure sur le commerce du Membre plaignant », decisione arbitrale, *États-Unis - traitement fiscal des "sociétés de ventes à l'étranger"*. *Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du mémorandum d'accord sur le règlement des différends et de l'article 4.11 de l'accord SMC*, cit., par. 5.23

⁵⁹ L'arbitro, pur non facendo esplicitamente rinvio al diritto internazionale, ha utilizzato l'espressione obbligo *erga omnes*, mutuandola chiaramente da tale ordinamento.

comporta la traduzione, in termini quantitativi e verificabili, dei danni giuridici subiti dalla parte lesa. Infine, il ruolo che il diritto internazionale può svolgere per integrare le lacune del diritto dell'OMC in quest'ambito per il momento è parziale, in quanto esso stesso non presenta ancora un quadro giuridico certo in materia. Tenuto conto che la norma internazionale generale sul ricorso a contromisure d'interesse generale è in corso di formazione, non è, peraltro, da escludere che l'ordinamento OMC possa, tramite l'adozione di decisioni arbitrali tali quali quella resa nel caso *États-Unis - traitement fiscal des "sociétés de ventes à l'étranger"*, alimentare la prassi internazionale, contribuendo così alla cristallizzazione di tale regola. A tale proposito, la decisione *États-Unis - traitement fiscal des "sociétés de ventes à l'étranger"* è particolarmente interessante perché oltre a sancire il diritto di prendere nel quadro dell'OMC contromisure d'interesse generale, ne precisa il contenuto. Da un lato, si sottolinea, in effetti, che l'obbligo collettivo violato non è frazionabile in funzione dei danni subiti da ciascuna parte contraente e ogni membro ha quindi il diritto di prendere una contromisura corrispondente sul piano quantitativo alla misura illecita nel suo complesso⁶⁰. Dall'altro, si prende atto della necessità di evitare che l'autorizzazione rivolta a più Membri di sospendere concessioni risulti sproporzionata rispetto all'obiettivo d'indurre la parte responsabile a cessare l'illecito⁶¹.

⁶⁰ « L'obligation en question est une obligation *erga omnes* qui s'impose dans son intégralité envers chacun des Membres. Elle ne peut être considérée comme étant "sujette à répartition" entre les différents Membres. Autrement, le Membre concerné n'aurait qu'une obligation partielle à l'égard de chacun des Membres, ce qui est manifestement incompatible avec une obligation *erga omnes* en soi. (...) Ainsi, les États-Unis ont manqué à leur obligation envers les Communautés européennes s'agissant de tout l'argent qu'ils ont dépensé, car cette dépense en violation de leurs obligations - la dépense encourue - est l'essence même de l'acte illicite (...) En l'espèce, les Communautés européennes ont proposé de prendre des contre-mesures qui reviendraient à adapter précisément la réponse au montant correspondant à cet acte illicite initial. Compte tenu de l'interprétation que nous avons faite, dans la section précédente, des termes de l'article 4.10 de l'Accord SMC, nous constatons qu'une telle approche, qui vise à contester l'acte illicite lui-même - le manquement à l'obligation - est en principe admissible. Elle est en effet, selon nous, parfaitement compatible avec l'essence de la notion de contre-mesures, en ce qu'elle tente de répondre exactement à la violation, dont la persistance engendre le droit à des contre-mesures », décision arbitrale, *États-Unis - traitement fiscal des "sociétés de ventes à l'étranger"*. *Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du mémorandum d'accord sur le règlement des différends et de l'article 4.11 de l'accord SMC, cit.*, par. 6.10-6.11

⁶¹ « Dans les circonstances propres à la présente affaire, les Communautés européennes sont le seul plaignant demandant à prendre des contre-mesures en rapport avec cette mesure particulière constitutive d'une violation. C'est là aussi, à notre avis, une considération pertinente dans notre analyse. S'il y avait eu pluralité des plaignants demandant chacun à prendre des contre-mesures d'un montant égal à la valeur de la subvention, cela aurait certainement été une considération à prendre en compte pour évaluer si de telles contre-mesures pouvaient être considérées comme n'étant pas "appropriées" en l'occurrence. Ce n'est cependant pas la situation devant laquelle nous nous trouvons (...) Dans l'hypothèse où il y aurait un plaignant futur, nous pouvons seulement faire observer qu'il en résulterait inévitablement une situation différente pour ce qui est de l'évaluation. (...) Nous prenons note, à ce sujet, de la déclaration faite par les Communautés européennes: "... les Communautés européennes seraient peut-être heureuses de partager avec un autre Membre la tâche consistant à appliquer des contre-mesures à l'égard des États-Unis et

Sezione II

Le contromisure

Le contromisure sono state il settore di diritto internazionale generale che, più di altri, ha indotto parte della dottrina a riflettere sui rapporti fra diritto internazionale e diritti da esso derivati. Questo non sorprende se si tiene conto del potenziale destabilizzante derivante dall'applicazione di uno strumento di autotutela individuale nell'ambito di settori del diritto internazionale provvisti di appositi meccanismi per dirimere le controversie. Le soluzioni proposte per conciliare l'unità del diritto internazionale con la specificità di determinate aree dotate di un apparato istituzionale, sono state molteplici. Come è stato messo in luce nella prima sezione del primo capitolo, alcuni autori hanno ammesso la possibilità di ricorso alle contromisure internazionali solo nell'ipotesi estrema di fallimento dei meccanismi istituzionalizzati di soluzione delle controversie. Altri, invece, hanno escluso quest'evenienza, facendo leva sulla natura derogatoria delle norme che disciplinano secondo modalità diverse dal diritto internazionale generale l'attuazione della responsabilità. Nessuno di questi due modelli è del tutto soddisfacente per descrivere i rapporti fra diritto dell'OMC e diritto internazionale. Nel primo caso, in effetti, non si tiene conto della possibilità che le norme internazionali generali che disciplinano sul piano sostanziale le contromisure possano contribuire ad integrare le corrispondenti norme OMC. Il secondo modello, a sua volta non convince in quanto priva in modo definitivo il diritto dell'OMC di uno strumento di garanzia aggiuntivo che favorisce il rispetto delle norme OMC anche nell'ipotesi di fallimento dei meccanismi predisposti dall'Intesa.

L'obiettivo di questa sezione consiste nel mettere in rilievo tali limiti e nel sottolineare la capacità della nozione di ordinamento particolare di superarli operando una sintesi di entrambi i concetti.

A tale fine, dopo aver illustrato nel primo paragrafo le caratteristiche salienti dell'istituto delle contromisure alla luce del testo della CDI e dell'Intesa sulla soluzione delle controversie, verrà esaminato il contributo che le norme internazionali sulle contromisure

accepteraient peut-être volontairement de supprimer certaines de leurs contre-mesures de façon à ce qu'il y ait davantage de possibilités qu'un autre Membre de l'OMC soit autorisé à agir de même. C'est là un autre fait que des arbitres futurs pourraient prendre en considération" », decisione arbitrale, *États-Unis - traitement fiscal des "sociétés de ventes à l'étranger". Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du mémorandum d'accord sur le règlement des différends et de l'article 4.11 de l'accord SMC*, cit., par. 6.27-6.29.

possono apportare all'ordinamento OMC, sia integrando le norme OMC (paragrafo 2), sia, in casi estremi, sostituendosi ad esse (paragrafo 3).

2.1 Il regime delle contromisure previsto dal testo di codificazione della CDI e dall'Intesa per la soluzione delle controversie

L'ultimo capitolo della terza parte del testo della CDI è dedicato alle contromisure. Esso consta di sei articoli che definiscono condizioni e limiti per ricorrere a questo strumento. Alcune norme ivi codificate circoscrivono la portata materiale delle contromisure, specificandone funzione, durata e contenuto. Altre regole sono di carattere procedurale. Esse stabiliscono l'*iter* che deve essere seguito per ricorrere alle contromisure e il rapporto esistente fra quest'ultime ed altri meccanismi di soluzione delle controversie funzionali a garantire l'attuazione della responsabilità.

In entrambi i casi, sono previste regole che riflettono il diritto consuetudinario esistente così come regole che segnano un'evoluzione rispetto al diritto internazionale generale. In particolare, sono da considerare *de lege lata*: il par. 1 dell'art. 49 in base al quale la funzione delle contromisure consiste nell'indurre lo Stato responsabile a cessare l'illecito ed a provvedere alla riparazione dei danni⁶², l'art. 50, laddove esclude che il divieto dell'uso della forza, il divieto di rappresaglie, le norme di *ius cogens* e l'inviolabilità degli agenti e locali diplomatici possano essere oggetto di contromisure⁶³, il par. 1 dell'art. 52 che stabilisce l'obbligo di richiesta di cessazione e di riparazione nonché il dovere di notifica prima di ricorrere alle contromisure⁶⁴, infine l'art. 53 che stabilisce l'obbligo di ritirare le contromisure una volta che l'illecito originario sia cessato e sia stato riparato⁶⁵. Altre disposizioni, al contrario, introducono condizioni e limiti che sono

⁶² Ai sensi del par. 1 dell'art. 49: «L'État lésé ne peut prendre de contre-mesures à l'encontre de l'État responsable du fait internationalement illicite que pour amener cet État à s'acquitter des obligations qui lui incombent en vertu de la deuxième partie».

⁶³ Ai sensi dell'art. 50: 1. Les contre-mesures ne peuvent porter aucune atteinte: a) À l'obligation de ne pas recourir à la menace ou à l'emploi de la force telle qu'elle est énoncée dans la Charte des Nations Unies; (...) c) Aux obligations de caractère humanitaire excluant les représailles; d) Aux autres obligations découlant de normes impératives du droit international général. 2. L'État qui prend des contre-mesures n'est pas dégagé des obligations qui lui incombent: (...) b) De respecter l'inviolabilité des agents, locaux, archives et documents diplomatiques ou consulaires.

⁶⁴ Ai sensi del par. 1 dell'art. 52: «Avant de prendre des contre-mesures, l'État lésé doit: a) Demander à l'État responsable, conformément à l'article 43, de s'acquitter des obligations qui lui incombent en vertu de la deuxième partie; b) Notifier à l'État responsable toute décision de prendre des contre-mesures et offrir de négocier avec cet État».

⁶⁵ Ai sensi dell'art. 53: «Il doit être mis fin aux contre-mesures dès que l'État responsable s'est acquitté des obligations qui lui incombent à raison du fait internationalement illicite conformément à la deuxième partie».

confortati solo parzialmente dalla prassi esistente. Ad esempio, il par. 3 dell'art. 49 stabilisce che le contromisure devono essere, per quanto possibile, reversibili⁶⁶. Il principio di reversibilità non era previsto nel progetto di codificazione del 1996. Esso è stato introdotto nel corso dei lavori presieduti dal Relatore speciale James Crawford e, nonostante fosse stato applicato solamente nella sentenza della Corte internazionale di giustizia *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*⁶⁷, è stato ben accolto dai rappresentanti degli Stati membri in seno alla CDI⁶⁸. L'art. 50, a sua volta, a differenza della disposizione corrispondente del progetto di codificazione del 1996, stabilisce che l'adozione di contromisure non può compromettere l'esecuzione di obblighi derivanti dalla procedura di soluzione delle controversie applicabile fra Stato responsabile e Stato leso⁶⁹. Questo principio ha incontrato ampio consenso dal momento che si limitava ad estendere al diritto della responsabilità la regola vigente nell'ambito del diritto dei trattati in base alla quale «aucune violation du traité commise par l'une ou l'autre des parties ne saurait avoir pour effet d'empêcher cette partie d'invoquer les dispositions du traité relatives au règlement pacifique des différends»⁷⁰.

La codificazione del principio di proporzionalità, nonché del rapporto fra contromisure e meccanismi giurisdizionali di soluzione delle controversie, è stata invece più complessa. Per quanto riguarda il principio di proporzionalità, sono state proposte diverse formulazioni, ciascuna delle quali volta a favorire oppure a scoraggiare l'uso delle contromisure nelle relazioni internazionali⁷¹. La soluzione finale accolta dalla CDI nell'art. 51 realizza un buon equilibrio fra le letture troppo estensive o, viceversa, troppo restrittive del principio di proporzionalità suggerite dai singoli Paesi. Da un lato, in effetti, è stata privilegiata una formulazione positiva e non negativa del principio di proporzionalità, dal momento che, come si mette in rilievo nel commento all'art. 51, «une formulation négative risquerait de donner trop de latitude aux États, dans un

⁶⁶ Ai sensi del par. 3 dell'art. 49 : « Les contre-mesures doivent, autant que possible, être prises d'une manière qui permette la reprise de l'exécution des obligations en question ».

⁶⁷ Vedi la sentenza della Corte internazionale di giustizia, *Projet gabčíkovo-Nagymaros*, C.I.J. Recueil, p. 57, par. 87, cit. nel commento all'art. 49, p. 358.

⁶⁸ Vedi, *Quatrième rapport sur la responsabilité des États présenté par M. James Crawford, Rapporteur spécial*, Doc. A/CN.4/517, 2 aprile 2001, p. 24, par. 58.

⁶⁹ Ai sensi dell'art. 50, par. 2, a) : « L'État qui prend des contre-mesures n'est pas dégagé des obligations qui lui incombent: en vertu de toute procédure de règlement des différends applicable entre lui et l'État responsable ».

⁷⁰ Sentenza della Corte internazionale di giustizia, *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, C.I.J. Recueil 1980, p. 28, par. 53, cit. nel commento all'art. 50, p. 365.

⁷¹ Per un elenco degli emendamenti suggeriti dai singoli paesi, vedi *Quatrième rapport sur la responsabilité des États, Rapporteur spécial : M. James Crawford, Additif, Annexe, Amendements au projet d'articles proposés dans les commentaires reçus*, Doc. A/CN.4/517/Add.1, 3 aprile 2001, pp. 21-22.

domaine, celui des contre-mesures, où des abus sont possibles»⁷². Dall'altro, è stato utilizzato l'aggettivo *proportionale* anziché *commisurato*, al fine di garantire comunque un certo margine di manovra allo Stato leso nella scelta della reazione più adeguata per indurre lo Stato responsabile a porre fine all'illecito. Per quanto riguarda, poi, l'identificazione dei parametri funzionali a delimitare il contenuto della proporzionalità, sono stati menzionati sia criteri quantitativi (gli effetti causati dall'illecito originario) che qualitativi (gravità della violazione e natura della norma violata). Il riferimento a parametri esterni alla violazione originaria, ovvero all'obiettivo che s'intende raggiungere tramite il ricorso allo strumento delle contromisure, invece, è stato scartato. Secondo il relatore speciale, in effetti, il rapporto fra misura e obiettivo da perseguire deve essere ponderato in base al principio di *necessità* anziché di proporzionalità⁷³.

Per quanto riguarda il rapporto fra contromisure e meccanismi giurisdizionali di soluzione delle controversie, il relatore speciale James Crawford, prendendo atto delle riserve manifestate dalla maggior parte dei governi⁷⁴, ha deciso di abbandonare la soluzione suggerita dal suo predecessore che consisteva nello stabilire un legame di carattere sequenziale fra facoltà di prendere contromisure e ricorso ad un'istanza giurisdizionale⁷⁵. Al tempo stesso, è stato confermato il principio in base al quale le contromisure non devono essere prese, o se già prese devono essere sospese, qualora l'illecito sia cessato e la controversia sia sottoposta ad un'istanza abilitata ad adottare provvedimenti giuridicamente vincolanti⁷⁶. L'esecuzione di quest'obbligo è comunque

⁷² Vedi commento all'art. 51, p. 369.

⁷³ « La proportionnalité concerne la relation entre le fait internationalement illicite et la contre-mesure. À certains égards, la proportionnalité est liée au critère du but énoncé à l'article 49: on peut très bien juger qu'une mesure nettement disproportionnée n'était pas nécessaire pour amener l'État responsable à exécuter ses obligations mais avait un but punitif et ne correspond pas à l'objet des contre-mesures énoncé à l'article 49. Toutefois, la proportionnalité constitue une limite même s'agissant des mesures qui peuvent être justifiées en vertu de l'article 49. Dans chaque cas, une contre-mesure doit être proportionnelle au préjudice subi, y compris à l'importance de la question de principe en jeu, et cet impératif a une fonction partiellement indépendante de la question de savoir si la contre-mesure était nécessaire pour amener l'exécution des obligations », vedi commento all'art. 51, p. 370, par. 7. Al contrario, Enzo Cannizzaro sottolinea l'opportunità di correlare il principio di proporzionalità alla finalità che s'intende perseguire tramite il ricorso allo strumento delle contromisure, vedi E. CANNIZZARO, *The Role of Proportionality in the Law of International Countermeasures*, in *European Journal of International Law*, 2001, p. 889 ss.

⁷⁴ Vedi *Quatrième rapport sur la responsabilité des États présenté par M. James Crawford, Rapporteur spécial*, Doc. A/CN.4/517, cit., p. 5, par. 11.

⁷⁵ Ai sensi dell'art. 48, par. 2 del progetto di codificazione del 1996: « Un Etat lésé qui prend des contre-mesures s'acquitte des obligations relatives au règlement des différends découlant de la Troisième partie ou de toute autre procédure de règlement obligatoire des différends en vigueur entre l'Etat lésé et l'Etat auteur du fait internationalement illicite ».

⁷⁶ Ai sensi del par. 3 dell'art. 52: « Des contre-mesures ne peuvent être prises et, si elles sont déjà prises, doivent être suspendues sans retard indu si: a) Le fait internationalement illicite a cessé; et b) Le différend est en instance devant une cour ou un tribunal habilité à rendre; des décisions obligatoires pour les parties ».

subordinata all'osservanza in buona fede della procedura di soluzione delle controversie da parte dello Stato responsabile.

Nel complesso, le disposizioni redatte dalla CDI realizzano un delicato equilibrio fra esigenza di codificare le norme consuetudinarie già esistenti in materia di contromisure e volontà di limitare, attraverso l'introduzione di condizioni sostanziali e procedurali che non sempre trovano riscontro nella prassi statale, l'uso arbitrario di questo strumento di autotutela individuale.

Per quanto riguarda l'ordinamento OMC, la possibilità di ricorrere allo strumento delle contromisure è disciplinata dagli art. 3 e 22 dell'Intesa di soluzione delle controversie. In particolare, ai sensi dell'art. 3, par.7: « Le dernier recours que le présent mémorandum d'accord ouvre au Membre qui se prévaut des procédures de règlement des différends est la possibilité de suspendre l'application de concessions ou l'exécution d'autres obligations au titre des accords visés, sur une base discriminatoire, à l'égard de l'autre Membre, sous réserve que l'ORD l'y autorise ».

L'art. 22, par. 2, a sua volta, stabilisce che « Si aucune compensation satisfaisante n'a été convenue dans les 20 jours suivant la date à laquelle le délai raisonnable sera venu à expiration, toute partie ayant invoqué les procédures de règlement des différends pourra demander à l'ORD l'autorisation de suspendre, à l'égard du Membre concerné, l'application de concessions ou d'autres obligations au titre des accords visés ». Le condizioni che devono essere soddisfatte per ottenere l'autorizzazione da parte dell'Organo di soluzione delle controversie sono specificate nei paragrafi successivi. In particolare, si autorizza lo Stato leso a prendere contromisure in settori o addirittura accordi diversi da quelli interessati dall'illecito originario solamente se una sospensione "simmetrica" non sia possibile, non sia efficace oppure le circostanze siano sufficientemente gravi⁷⁷. Inoltre, si stabilisce l'esigenza di un rapporto di *stretta*

⁷⁷ Ai sensi del par. 3 dell'art. 22: « Lorsqu'elle examinera les concessions ou autres obligations à suspendre, la partie plaignante appliquera les principes et procédures ci-après: a) le principe général est le suivant: la partie plaignante devrait d'abord chercher à suspendre des concessions ou d'autres obligations en ce qui concerne le(s) même(s) secteur(s) que celui (ceux) dans lequel (lesquels) le groupe spécial ou l'Organe d'appel a constaté une violation ou autre annulation ou réduction d'avantages; b) si cette partie considère qu'il n'est pas possible ou efficace de suspendre des concessions ou d'autres obligations en ce qui concerne le(s) même(s) secteur(s), elle pourra chercher à suspendre des concessions ou d'autres obligations dans d'autres secteurs au titre du même accord; c) si cette partie considère qu'il n'est pas possible ou efficace de suspendre des concessions ou d'autres obligations en ce qui concerne d'autres secteurs au titre du même accord, et que les circonstances sont suffisamment graves, elle pourra chercher à suspendre des concessions ou d'autres obligations au titre d'un autre accord visé ».

equivalenza fra gli effetti dannosi causati dall'illecito originario e quelli derivanti dalla sospensione di concessioni o altri obblighi da parte dello Stato leso⁷⁸.

Il regime previsto dall'art. 22 dell'Intesa si applica a tutti gli accordi materiali allegati all'accordo istitutivo dell'OMC, fatta eccezione per l'accordo sulle sovvenzioni pubbliche e le misure compensative. Gli art. 4.10 e 7.9 di quest'accordo, in effetti, stabiliscono, rispettivamente, che « Dans le cas où il ne sera pas donné suite à la recommandation de l'ORD dans le délai spécifié par le groupe spécial, qui courra à compter de la date à laquelle le rapport du groupe spécial ou le rapport de l'Organe d'appel aura été adopté, l'ORD accordera au Membre plaignant l'autorisation de prendre des contre-mesures appropriées⁷⁹, à moins que l'ORD ne décide par consensus de rejeter la demande » e « Dans le cas où le Membre n'aura pas pris des mesures appropriées pour éliminer les effets défavorables de la subvention ou retirer la subvention dans un délai de six mois à compter de la date à laquelle l'ORD aura adopté le rapport du groupe spécial ou le rapport de l'Organe d'appel, et en l'absence d'accord sur une compensation, l'ORD accordera au Membre plaignant l'autorisation de prendre des contre-mesures proportionnelles au degré et à la nature des effets défavorables dont l'existence aura été déterminée, à moins que l'ORD ne décide par consensus de rejeter la demande ».

Il regime previsto dall'accordo sulle sovvenzioni in materia di contromisure si differenzia sul piano sostanziale da quello stabilito dall'Intesa. In effetti, le disposizioni 4.10 e 7.9 sostituiscono il parametro della stretta equivalenza con criteri più flessibili quali il carattere appropriato e la proporzionalità. La procedura che deve essere soddisfatta per ricorrere allo strumento delle contromisure, invece, è analoga. In entrambi i casi, infatti, è necessario ottenere un'autorizzazione preliminare da parte dell'Organo di soluzione delle controversie. Inoltre, sia l'Intesa che l'accordo sulle sovvenzioni pubbliche riconoscono allo Stato leso la possibilità di contestare la legittimità delle contromisure richieste davanti ad un arbitro⁸⁰.

⁷⁸ Ai sensi del par. 4 dell'art. 22: « Le niveau de la suspension de concessions ou d'autres obligations autorisée par l'ORD sera équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages ».

⁷⁹ « Cette expression ne doit pas être interprétée comme autorisant des contre-mesures qui soient disproportionnées eu égard au fait que les subventions visées par ces dispositions sont prohibées ».

⁸⁰ Ai sensi dell'art. 22, par. 6-7: « Lorsque la situation décrite au paragraphe 2 se produira, l'ORD accordera, sur demande, l'autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations dans un délai de 30 jours à compter de l'expiration du délai raisonnable, à moins qu'il ne décide par consensus de rejeter la demande. Toutefois, si le Membre concerné conteste le niveau de la suspension proposée, ou affirme que les principes et procédures énoncés au paragraphe 3 n'ont pas été suivis dans les cas où une partie plaignante a demandé l'autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations conformément au paragraphe 3 b) ou c), la question sera soumise à arbitrage. Cet arbitrage sera assuré par le groupe spécial initial, si les membres sont disponibles, ou par un arbitre désigné par le Directeur général, et sera mené à bien dans les 60 jours suivant la date à laquelle le délai raisonnable sera venu à expiration. Les concessions

In generale, la disciplina delle contromisure prevista dagli accordi OMC si differenzia notevolmente rispetto a quella contemplata dal testo di codificazione della CDI. Le differenze sono di ordine sostanziale così come procedurale.

Per quanto riguarda il primo aspetto, il parametro della proporzionalità tale quale risulta disciplinato dall'art. 51 del testo della CDI, è sostituito, nel quadro dell'Intesa, dal criterio più restrittivo dell'equivalenza e, nel quadro dell'accordo sulle sovvenzioni, da quello più vago dell' "appropriatezza". L'unica disposizione che fa direttamente riferimento alla nozione di proporzionalità è l'art. 7.9 dell'accordo sulle sovvenzioni, ma anche qui le variabili utilizzate per misurarla sono diverse da quelle stabilite dall'art. 51. Nel primo caso, in effetti, si fa riferimento esclusivamente a parametri quantitativi, ovvero agli effetti dannosi prodotti dall'illecito originario, mentre nel secondo caso, sono menzionati anche parametri qualitativi, quali la natura della norma violata e la gravità della violazione.

Differenze ancora più marcate contraddistinguono la procedura che deve essere osservata per ricorrere allo strumento delle contromisure. In base all'art. 52 del testo di codificazione della CDI, in effetti, è sufficiente domandare allo Stato responsabile la cessazione e riparazione dell'illecito e, in caso di esito negativo, notificare la decisione di prendere delle contromisure. Nel quadro dell'OMC, invece, non è sufficiente una notifica, ma è necessario ottenere un'autorizzazione da parte dell'Organo di soluzione delle controversie, la cui decisione, se lo Stato responsabile lo richiede, è subordinata ad un esame di liceità delle contromisure da parte di un arbitro.

Queste divergenze hanno indotto il relatore speciale James Crawford ad includere fra le norme che non sono suscettibili di essere oggetto di contromisure internazionali le regole

ou autres obligations ne seront pas suspendues pendant l'arbitrage. L'arbitre, agissant en vertu du paragraphe 6, n'examinera pas la nature des concessions ou des autres obligations à suspendre, mais déterminera si le niveau de ladite suspension est équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages. L'arbitre pourra aussi déterminer si la suspension de concessions ou d'autres obligations proposée est autorisée en vertu de l'accord visé. Toutefois, si la question soumise à arbitrage comprend l'affirmation selon laquelle les principes et procédures énoncés au paragraphe 3 n'ont pas été suivis, l'arbitre examinera cette affirmation. Dans le cas où l'arbitre déterminera que ces principes et procédures n'ont pas été suivis, la partie plaignante les appliquera conformément au paragraphe 3. Les parties accepteront comme définitive la décision de l'arbitre et les parties concernées ne demanderont pas un second arbitrage».

Nel quadro dell'accordo sulle sovvenzioni la procedura è la medesima, fatta eccezione per i tempi che, nel caso dei sussidi vietati, sono dimezzati. Vedi, in tal senso, l'art. 4.12: « Aux fins des différends examinés en vertu du présent article, exception faite des délais qui y sont expressément prescrits, les délais applicables conformément au Mémorandum d'accord sur le règlement des différends pour l'examen de ces différends seront de moitié plus courts que ceux qui y sont prescrits ».

OMC⁸¹. Tale scelta parte dal presupposto che gli Stati membri dell'OMC, dotandosi di un regime sostanziale e procedurale diverso per il ricorso alle contromisure, hanno implicitamente deciso di sottrarre definitivamente ed *in toto* questo settore dalla sfera di applicazione degli strumenti di autotutela vigenti nel diritto internazionale generale. Quest'interpretazione non è condivisibile. In effetti una chiusura definitiva del diritto OMC nei confronti delle regole internazionali che disciplinano le contromisure è possibile solo a condizione di ricorrere al concetto di *self-contained regime*, i cui limiti sono stati già ampiamente illustrati nella prima sezione del primo capitolo.

Se si accoglie, invece, la nozione di ordinamento particolare, le norme internazionali sulle contromisure possono non solo costituire un'importante sussidio normativo ed interpretativo, funzionale a colmare le lacune sostanziali delle norme OMC, ma, addirittura, operare a titolo sostitutivo, al posto delle regole procedurali previste dall'Intesa, nell'ipotesi di fallimento strutturale del meccanismo di soluzione delle controversie.

I prossimi due paragrafi sono destinati, da un lato, a verificare l'attendibilità di questa soluzione interpretativa alla luce delle decisioni rese dagli arbitri ai sensi dell'art. 22.6 dell'Intesa, dall'altro, ad illustrarne i vantaggi teorici rispetto agli altri modelli elaborati dalla dottrina per decifrare i rapporti fra diritto internazionale e diritto dell'OMC.

⁸¹In particolare, nel commento all'art. 50, si afferma che : « Les États peuvent convenir que d'autres règles du droit international ne peuvent faire l'objet de contre-mesures, qu'elles soient ou non considérées comme des normes impératives du droit international général. Cette possibilité, qui relève de la *lex specialis*, est envisagée à l'article 55 et non à l'alinéa d du paragraphe 1 de l'article 50. En particulier, des parties à un traité bilatéral ou multilatéral peuvent dans ce traité renoncer à la possibilité de prendre des contre-mesures si le traité est violé ou en ce qui concerne la matière qu'il régit. C'est par exemple le cas des traités sur l'Union européenne, qui ont leur propre système de mise en oeuvre. Dans le cadre du mécanisme de règlement des différends de l'OMC, un Membre doit obtenir une autorisation préalable de l'Organe de règlement des différends (ORD) pour suspendre des concessions ou autres obligations découlant des accords de l'OMC en réaction au non-respect, par un autre Membre, des recommandations et décisions d'un groupe spécial ou de l'Organe d'appel de l'OMC. Aux termes de l'article 23 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends de l'OMC, les Membres qui souhaitent « obtenir réparation en cas de violation d'obligations ou d'annulation ou de réduction d'avantages résultant des accords de l'OMC auront recours et se conformeront aux règles et procédures » du Mémorandum d'accord. Ceci a été interprété comme une « clause exclusive de règlement des différends » et une clause « empêchant les membres de l'OMC de régler unilatéralement leurs différends concernant des droits et obligations relevant de l'OMC », vedi commento all'art. 50, pp. 363-364, par. 10.

2.2 Le norme internazionali in materia di contromisure: fonte sussidiaria dell'ordinamento OMC

L'oggetto di questo paragrafo consiste nell'esaminare la prassi OMC in materia di contromisure, al fine di valutare se il diritto internazionale di fatto è stato utilizzato dagli arbitri come fonte sussidiaria volta ad integrare le lacune dell'ordinamento OMC.

Prima di procedere all'analisi delle decisioni arbitrali, è importante distinguere i casi in cui il diritto internazionale è stato invocato come sussidio interpretativo di norme già esistenti nel quadro dell'ordinamento OMC dai casi in cui ha svolto una vera e propria funzione d'integrazione normativa.

Nella prima ipotesi, il richiamo alle norme internazionali che disciplinano l'istituto delle contromisure può essere giustificato in virtù dell'art. 3.2 dell'Intesa ai sensi del quale: «Le système de règlement des différends de l'OMC est un élément essentiel pour assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral. Les Membres reconnaissent qu'il a pour objet de préserver les droits et les obligations résultant pour les Membres des accords visés, et de clarifier les dispositions existantes de ces accords conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public». Come è stato illustrato nel primo capitolo, questa norma opera un rinvio materiale alle norme internazionali generali sull'interpretazione dei trattati, consentendo indirettamente al diritto internazionale generale di spiegare i propri effetti giuridici nell'ordinamento OMC, a titolo di sussidio *interpretativo*⁸².

Nella seconda ipotesi, invece, il ricorso alle regole internazionali sulle contromisure, in qualità di vere e proprie fonti normative, può essere giustificato solamente a condizione di presupporre che le norme OMC non siano altro che norme speciali di diritto internazionale oppure costituiscano un ordinamento particolare dell'ordinamento internazionale generale.

Le controversie in cui gli arbitri si sono avvalsi delle norme internazionali codificate nel capitolo II del testo della CDI per chiarire sul piano *interpretativo* la portata delle norme

⁸² In effetti, ai sensi dell'art. 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati: « Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but (...). Il sera tenu compte, en même temps que du contexte (...) de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les Parties ».

OMC sono due ed entrambe riguardano l'art. 4.10 dell'accordo sulle sovvenzioni pubbliche e le misure compensative⁸³.

In particolare, nel caso *Brésil – programme de financement des exportations pour les aéronefs*, l'arbitro, dovendo chiarire la nozione di *contromisure appropriate* prevista dall'art. 4.10 ha deciso di ricorrere, facendo leva sull'art. 3.2 dell'Intesa, alle regole internazionali generali sull'interpretazione dei trattati. Tenuto conto che il significato letterale dell'aggettivo appropriato corrisponde a "conveniente per, particolarmente adatto a", ovvero è determinabile solamente in funzione dell'oggetto al quale è associato, si è posto il problema di definire la *ratio* dell'istituto delle contromisure, cui l'aggettivo appropriato fa riferimento. Nonostante le parti alla controversia fossero ricorse al vocabolario per chiarire la funzione delle contromisure, l'arbitro ha ritenuto preferibile fare riferimento al diritto internazionale generale ed in particolare all'art. 47 (l'attuale art. 49)⁸⁴ del progetto di codificazione sulla responsabilità degli Stati ed è giunto alla conclusione che le contromisure prese in base all'art. 4.10 dell'accordo sulle sovvenzioni sono appropriate se incitano effettivamente lo Stato responsabile a rispettare le raccomandazioni e decisioni dell'Organo di soluzione delle controversie, ovvero se inducono lo Stato responsabile a ritirare la sovvenzione proibita⁸⁵. Lo stesso articolo 47 è

⁸³ Vedi decisione arbitrale, *Brésil – programme de financement des exportations pour les aéronefs. Recours du Brésil à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du mémorandum d'accord sur le règlement des différends et de l'article 4.11 de l'accord SMC*, WT/DS46/ARB, 28 agosto 2000 e decisione arbitrale, *États-Unis – traitement fiscal des "sociétés de ventes à l'étranger". Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du mémorandum d'accord sur le règlement des différends et de l'article 4.11 de l'accord SMC*, WT/DS108/ARB, 30 agosto 2002.

⁸⁴ Quando l'arbitro si è pronunciato sulla legittimità della richiesta di contromisure formulata dal Canada, la versione finale del testo di codificazione della CDI non era ancora stata approvata. Di conseguenza l'articolo cui ha fatto riferimento corrisponde a quello previsto dal progetto di articoli approvato in prima lettura. Fatta eccezione per la formulazione positiva anziché negativa della funzione delle contromisure, il par. 1 dell'art. 47 corrisponde al par. 1 dell'art. 49.

⁸⁵ Vedi par. 3.42-3.45 della decisione arbitrale: « Conformément à l'article 3:2 du Mémorandum d'accord, nous allons analyser le sens du terme "approprié" sur la base de l'article 31 de la Convention de Vienne. Le seul examen du sens ordinaire du terme "approprié" ne nous permet pas de répondre à la question dont nous sommes saisis, puisque les définitions des dictionnaires ne sont pas assez spécifiques. En effet, les définitions pertinentes que les dictionnaires donnent du mot "approprié" sont: "specially suitable; proper" (spécialement adapté; convenable). Cependant, elles vont dans le sens de la réalisation d'un objectif particulier. Le premier contexte du terme "approprié" est le mot "contre-mesures", dont il est un adjectif. Les parties se sont référées aux définitions des dictionnaires pour le terme "contre-mesures", mais nous jugeons plus approprié de se référer à son sens en droit international général et aux travaux de la Commission du droit international (CDI) sur la responsabilité des États, qui examinent la notion de contre-mesures. Nous notons que les travaux de la CDI reposent sur la pratique pertinente des États ainsi que sur les décisions judiciaires et écrits doctrinaux, qui constituent les sources reconnues du droit international. Lorsque nous examinons la définition des "contre-mesures" à l'article 47 du Projet d'articles, nous notons que les contre-mesures sont destinées à "inciter [l'État qui a commis un fait internationalement illicite] à s'acquitter de ses obligations au titre des articles 41 à 46". (...) Nous concluons qu'une contre-mesure est "appropriée" si, entre autres choses, elle incite *effectivement* au respect des recommandations et décisions. A cet égard, nous rappelons que la mesure concernant le droit de prendre des contre-mesures a été demandée est une subvention à l'exportation prohibée relevant de l'article 3.1 a) de

stato utilizzato dall'arbitro per escludere che le contromisure richieste dal Canada avessero una portata punitiva⁸⁶.

Nel caso *États-Unis - traitement fiscal des "sociétés de ventes à l'étranger"*, il testo della CDI viene non solo nuovamente citato per confermare che le contromisure, ai sensi dell'art. 4.10, sono chiamate a svolgere una funzione coercitiva⁸⁷, ma anche per chiarire la portata della nota n.9 dell'art. 4.10 in cui si specifica che l'espressione contromisure appropriate «ne doit pas être interprétée comme autorisant des contre-mesures qui soient disproportionnées eu égard au fait que les subventions visées par ces dispositions sont prohibées». In particolare, l'arbitro ha fatto riferimento all'art. 51 del testo della CDI in cui la nozione di proporzionalità è formulata positivamente per dedurre *a contrario* un ampliamento della sfera delle contromisure lecite nel quadro dell'accordo sulle sovvenzioni. In effetti, nel secondo caso, il criterio di proporzionalità, in base alla nota n.9 dell'art. 4.10, è formulato negativamente⁸⁸.

l'Accord SMC. L'article 4.7 de l'Accord SMC prévoit à cet égard que s'il est constaté qu'une mesure est une subvention prohibée, celle-ci doit être retirée sans retard. En pareil cas, "inciter [effectivement] au respect des décisions et recommandations" signifie inciter au retrait de la subvention prohibée».

⁸⁶ Vedi par. 3.55: «Le Brésil a aussi allégué que des contre-mesures fondées sur le montant intégral de la subvention seraient très punitives. Nous interprétons le terme "punitives" dans le sens qui lui est donné dans le Projet d'articles. Une contre-mesure devient punitive dès lors que non seulement elle est destinée à assurer que l'État qui manque à ses obligations rende sa conduite conforme à ses obligations internationales, mais qu'elle contient aussi une dimension additionnelle censée sanctionner l'action de cet État. Étant donné que nous n'estimons pas qu'un calcul des contre-mesures appropriées fondé sur le montant de la subvention accordée soit disproportionné, nous concluons que, *a fortiori*, il ne peut pas être punitif».

⁸⁷ Vedi par. 5.58- 5.60: «Enfin, nous notons que le terme "contre-mesures" a acquis en droit international général un sens qui ressort des travaux de la Commission du droit international (CDI) sur la responsabilité de l'État. Bien que le terme "contre-mesures" ait un sens spécifique dans l'Accord SMC du point de vue de leur nature et de leur application, nous constatons que notre interprétation des textes pertinents paraît compatible avec l'objet et le but des contre-mesures tels qu'ils ressortent des travaux de la CDI. L'article 49 du texte résultant des travaux de la CDI sur la responsabilité de l'État (dont l'Assemblée générale des Nations Unies a pris note dans une récente résolution) dispose, en ce qui concerne l'objet et les limites des contre-mesures en droit international, entre autres choses, que: "L'État lésé ne peut prendre de contre-mesures à l'encontre de l'État responsable du fait internationalement illicite que pour amener cet État à s'acquitter des obligations qui lui incombent en vertu de la deuxième partie." Nous notons que l'article 49.1 du texte de la CDI ne détermine pas, en soi, le montant des contre-mesures qui peuvent être autorisées. En fait, il définit les seuls objet et but pour lesquels des contre-mesures peuvent légitimement être imposées, à savoir amener l'État auteur d'un fait internationalement illicite à s'acquitter de ses obligations. Cela n'est pas incompatible, à notre avis, avec la notion de contre-mesures dans le cadre du système de règlement des différends de l'OMC, où de telles mesures sont imposées à titre de réponse temporaire à une absence de respect des recommandations et décisions».

⁸⁸ Vedi il par. 5.26 : «Il convient également de noter que la formulation négative de la prescription figurant à la note de bas de page 9 est compatible avec un degré de latitude plus important que celui qu'aurait pu impliquer une prescription positive: la note de bas de page 9 précise que l'article 4.10 n'est pas censé autoriser des contre-mesures qui seraient "disproportionnées". Elle n'exige pas une stricte proportionnalité». Vedi in particolare la nota 52 : «Nous notons à cet égard l'avis du commentateur, Sir James Crawford, sur l'article pertinent du texte de la CDI sur la responsabilité de l'État, pris en compte dans une résolution adoptée le 12 décembre 2001 par l'Assemblée générale des Nations Unies (A/RES/56/83),

Sia nel caso *Brésil – programme de financement des exportations pour les aéronefs* che nel caso *États-Unis - traitement fiscal des "sociétés de ventes à l'étranger"*, il richiamo, tramite l'art. 3.2 dell'Intesa, alle regole generali d'interpretazione dei trattati non sempre è presente. Nonostante ciò, è possibile giustificare il ricorso alle norme di diritto internazionale che disciplinano le contromisure facendo riferimento a questa disposizione. In effetti, a prescindere dal fatto che l'arbitro abbia menzionato esplicitamente la base giuridica che gli permetteva di avvalersi del diritto internazionale generale per pronunciarsi sulla liceità delle contromisure richieste, le norme internazionali di fatto citate sono state sempre utilizzate per chiarire il significato di termini quali "contromisure" o "non sproporzionato", già presenti nel dettato dell'accordo.

Lo stesso non si può affermare dell'art. 22 dell'Intesa che al posto del termine contromisura ricorre alla locuzione «possibilité de suspendre l'application de concessions ou l'exécution d'autres obligations au titre des accords visés»⁸⁹ ed al posto del criterio di proporzionalità utilizza quello della stretta equivalenza⁹⁰. In questo caso il ricorso alle norme di diritto internazionale che disciplinano l'istituto delle contromisure non può essere giustificato facendo leva sull'art. 3.2 dell'Intesa, dal momento che assimilare la sospensione delle concessioni o di altri obblighi previsti dagli accordi OMC ad una contromisura internazionale non comporta un'attività ermeneutica, ma piuttosto una vera e propria *integrazione* normativa. La sospensione delle concessioni o degli obblighi OMC, in effetti, può essere autorizzata per realizzare finalità che non necessariamente corrispondono a quelle attribuite dal diritto internazionale generale allo strumento delle contromisure. In particolare, il fatto che la sospensione degli obblighi OMC debba essere *strettamente equivalente*, in termini di effetti, a quelli derivanti, dalla mancata osservanza delle decisioni dell'Organo di soluzione delle controversie, può indurre facilmente ad assimilarla non tanto ad una contromisura, quanto ad una misura di salvaguardia, la cui liceità dipenderà non tanto dalla capacità d'indurre lo Stato responsabile a modificare la misura oggetto della controversia, quanto dalla sua idoneità a ripristinare temporaneamente un equilibrio fra i diritti ed obblighi delle due parti

qui exprime - mais uniquement en termes positifs - une condition de proportionnalité pour les contre-mesures: "la formulation positive de la condition de proportionnalité est adoptée à l'article 51. Une formulation négative pourrait autoriser une trop grande latitude" (J. Crawford, *The ILC's Articles on State Responsibility, Introduction, Text and Commentaries*, 2002, CUP, paragraphe 5 sur l'article 51)».

⁸⁹ Vedi art. 3.7 e 22.2 dell'Intesa.

⁹⁰ Vedi art. 22.4 prima citato.

contraenti⁹¹. In altri termini, per considerare le misure che possono essere prese in base all'art. 22 dell'Intesa, delle contromisure è necessario operare una scelta normativa in cui l'applicazione contestuale nel quadro dell'OMC del diritto internazionale generale diventa determinante.

A tale proposito, è interessante notare che nel caso *Communautés européennes – régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*⁹², il primo avente per oggetto una richiesta di sospensione delle concessioni ai sensi dell'art. 22 dell'Intesa, questa formula è stata interpretata nel senso di autorizzare le parti contraenti a prendere contromisure volte ad indurre lo Stato responsabile a conformarsi alle raccomandazioni dell'Organo di soluzione delle controversie. La scelta di assimilare la sospensione degli obblighi OMC a delle contromisure è stata giustificata sulla base del fatto che la sospensione è temporanea⁹³. Anche se il diritto internazionale generale non è stato chiamato in causa esplicitamente, è verosimile che l'arbitro abbia implicitamente applicato l'allora art. 47 del progetto della CDI per giungere a questa conclusione. In effetti, da un lato, il carattere temporaneo della sospensione non è di per sé un fattore decisivo per attribuire a questa misura una funzione coercitiva. Dall'altro, alcuni paragrafi dopo, l'arbitro ha fatto riferimento proprio al progetto della CDI, ed in particolare all'allora art. 49, per specificare la portata delle nozione di contromisura da lui introdotta poco prima. In particolare, ha fatto leva sull'art. 49 per escludere la possibilità di autorizzare più di una parte contraente a sospendere obblighi il cui effetto è equivalente ai danni complessivi causati dal medesimo illecito, dal momento che la reazione globale sarebbe stata contraria al principio di diritto internazionale generale di proporzionalità delle contromisure⁹⁴.

⁹¹ Vedi C.LEBEN, *Les sanctions privatives de droits ou de qualité dans les organisations internationales spécialisées*, Bruylant, Bruxelles, 1979, p. 157.

⁹² Decisione arbitrale, *Communautés européennes – régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS27/ARB, 9 aprile 1999.

⁹³ Vedi il par. 6.3: «l'autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations est une mesure temporaire, dans l'attente que le Membre concerné ait pleinement mis en œuvre les recommandations et décisions. Nous convenons avec les États-Unis que ce caractère temporaire indique que l'objectif des contre-mesures est d'inciter au respect des recommandations et décisions». Questo passaggio è stato successivamente citato in altre decisioni arbitrali. Si veda, a tale proposito, la decisione arbitrale, *Communautés européennes - mesures concernant les viandes et les produits carnes. plainte initiale des États-Unis. Recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS26/ARB, 12 luglio 1999, par. 40 e la decisione arbitrale, *Communautés européennes - mesures concernant les viandes et les produits carnes. plainte initiale du Canada. Recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS48/ARB, 12 luglio 1999, par. 39.

⁹⁴ Vedi il par. 6.15-6.16: «En outre, si le Mémorandum d'accord autorisait différents Membres de l'OMC à présenter des plaintes se recoupant en ce qui concerne l'annulation ou la réduction d'avantages subie en

L'applicazione nel quadro dell'OMC delle norme di diritto internazionale generale che disciplinano l'istituto delle contromisure a titolo d'integrazione normativa può essere giustificata sia ricorrendo alla nozione di regime speciale sia a quella di ordinamento. In particolare, nell'ipotesi in cui l'OMC sia assimilato ad un regime speciale, il diritto internazionale generale spiega i propri effetti giuridici nel quadro dell'OMC sempre, a meno che le norme speciali dell'OMC non introducano delle deroghe che impediscono l'applicazione contestuale delle due fonti di diritto internazionale, convenzionale e consuetudinaria. Tenuto conto che nel caso di specie, nessuna norma dell'Intesa preclude la possibilità di assimilare la sospensione delle concessioni ad una contromisura avente una funzione coercitiva, le norme internazionali generali che disciplinano sul piano sostanziale l'istituto delle contromisure continuano ad essere vigenti anche nel quadro dell'OMC⁹⁵. Di qui, non tanto la scelta, quanto il dovere dell'arbitro di applicare l'art.22 dell'Intesa alla luce delle norme previste dal testo della CDI.

Qualora invece si consideri l'OMC un ordinamento particolare dell'ordinamento internazionale generale, le norme di diritto internazionale generale possono continuare a spiegare i propri effetti giuridici nel quadro dell'OMC, solamente a condizione che contribuiscano a rafforzare l'efficacia giuridica dell'ordinamento nel quale sono chiamate ad operare. In altri termini, l'arbitro, potrà decidere di applicare le norme

raison des mêmes pertes en termes de commerce de marchandises (et de marchandises et de services utilisés comme intrants pour leur production ou incorporés dans leur production) ou les mêmes pertes en termes de commerce de services, le problème du "double comptage" de l'annulation ou de la réduction d'avantages se poserait. Étant donné la différence d'origine des produits ou services utilisés comme intrants dans la production des bananes, d'une part, et l'origine des bananes en tant que produits finals, d'autre part, des demandes cumulatives de compensation ou de suspension de concessions pourraient être présentées pour le même niveau d'annulation ou de réduction d'avantages causée par un Membre. (...) Une telle compensation cumulative ou suspension cumulative de concessions par différents Membres de l'OMC pour le même niveau d'annulation ou de réduction d'avantages serait contraire au principe général du droit international qu'est la proportionnalité des contre-mesures (Projets d'articles sur la responsabilité des États, avec les commentaires y afférents, adoptés par la Commission du droit international en première lecture, janvier 1997, article 49 sur la proportionnalité: "Les contre-mesures prises par un État lésé ne doivent pas être hors de proportion avec le degré de gravité du fait internationalement illicite ou ses effets sur l'État lésé")».

⁹⁵ Come mette in rilievo Joost Pauwelyn: «the WTO treaty sets out *lex specialis* in respect of the timing, authorisation, nature and level of countermeasures that may be taken in order to induce compliance with WTO rules. But the terms used in this *lex specialis* are often open-textured enough to allow an interpretation with reference to general international law (...) Such reference could reach (...) a broader interpretation of the "equivalence" standard in DSU Art. 22.4, i.e. one that is more in line with the "proportionality" standard in the ILC Draft. In addition, a further fall-back on general international law may be required for matters such as the effect of countermeasures on third parties and individuals. (...). Moreover, based on Art. 50(1) of the 2001 Draft Articles, a WTO suspension that were to go against fundamental human rights or certain provisions of humanitarian law should not be permitted either», vedi J.PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, cit., pp. 233-234.

internazionali generali sulle contromisure a titolo sussidiario per integrare la portata dell'art. 22 dell'Intesa, qualora ritenga che esse contribuiscano a rafforzare l'efficacia giuridica dell'ordinamento OMC. Tenuto conto che assimilare la sospensione delle concessioni ad una contromisura internazionale comporta l'attribuzione alla prima di una funzione coercitiva, ovvero contribuisce a rafforzare il rispetto del diritto dell'OMC, anche la seconda interpretazione del diritto dell'OMC che fa leva sulla nozione di ordinamento internazionale particolare è compatibile con la prassi OMC.

La scelta di privilegiare il concetto di ordinamento particolare anziché quello di regime speciale per descrivere il diritto dell'OMC rispetto al diritto internazionale generale comporta tuttavia degli esiti concreti molto diversi allorché si tratta di valutare la possibilità per le norme internazionali generali che disciplinano l'istituto delle contromisure di operare nel quadro dell'OMC a titolo sostitutivo.

2.3 Le contromisure internazionali: strumento sostitutivo rispetto ai meccanismi di garanzia previsti dall'Intesa di soluzione delle controversie dell'OMC

Nel paragrafo precedente, è stato esaminato l'uso che gli arbitri, incaricati di risolvere le controversie in base all'art. 4.10 dell'accordo sulle sovvenzioni e all'art. 22 dell'Intesa, hanno fatto delle norme internazionali generali sulle contromisure.

Le norme internazionali utilizzate corrispondono agli attuali art. 49 e 51 del testo della CDI, ovvero riguardano unicamente le regole internazionali che disciplinano le contromisure sul piano sostanziale.

Le norme internazionali che definiscono le condizioni procedurali per ricorrere alle contromisure internazionali, invece, non sono mai state applicate né esplicitamente né implicitamente nel quadro dell'OMC. In effetti, l'Intesa per la soluzione delle controversie prevede un regime procedurale specifico diverso da quello stabilito dall'art. 52 del testo della CDI. In particolare, come è stato messo in luce nel primo paragrafo di questa sezione, l'art. 22 dell'Intesa e l'art. 4.10 dell'accordo sulle sovvenzioni subordinano la possibilità di sospendere gli obblighi OMC ovvero di prendere delle contromisure, all'ottenimento di un'apposita autorizzazione da parte dell'Organo di soluzione delle controversie. L'art. 52 del testo della CDI, invece, si limita a stabilire come condizioni preliminari per ricorrere allo strumento delle contromisure una richiesta allo Stato responsabile di ottemperare agli obblighi secondari derivanti dall'illecito, la

notifica della volontà di prendere delle contromisure e l'offerta di negoziati per risolvere in modo diverso la controversia.

Di per sé, i regimi stabiliti dall'art. 22 dell'Intesa e dall'art. 4.10 dell'accordo sulle sovvenzioni, da un lato, e quello previsto dall'art. 52 del testo della CDI, dall'altro, non sono nettamente incompatibili. E' possibile, in effetti, ipotizzare un'applicazione contestuale delle due disposizioni il cui esito consiste nel ricorso allo strumento delle contromisure secondo le modalità previste dall'art. 52 solo dopo aver esaurito senza successo i rimedi previsti nel quadro dell'OMC. Questa lettura che privilegia i meccanismi giurisdizionali di soluzione delle controversie e che guarda alle contromisure internazionali come un rimedio estremo, nell'ipotesi di persistenza dell'illecito non solo è compatibile con l'art. 52, ma è indirettamente confermata dal secondo e terzo paragrafo di questa disposizione in base ai quali:

«Des contre-mesures ne peuvent être prises et, si elles sont déjà prises, doivent être suspendues sans retard indu si: a) Le fait internationalement illicite a cessé; et b) Le différend est en instance devant une cour ou un tribunal habilité à rendre des décisions obligatoires pour les parties.

Le paragraphe 3 ne s'applique pas si l'État responsable ne met pas en oeuvre de bonne foi les procédures de règlement des différends»⁹⁶.

In realtà, l'incompatibilità del regime procedurale in materia di contromisure previsto nel quadro dell'OMC rispetto a quello codificato dal testo della CDI è data non tanto dall'art. 22 quanto dall'art. 23 dell'Intesa che stabilisce a carico delle parti contraenti l'obbligo di ricorrere, per dirimere una controversia avente per oggetto una norma OMC, ai meccanismi previsti dall'Intesa ⁹⁷. Tenuto conto che questa disposizione è stata

⁹⁶ Se è possibile ricorrere allo strumento delle contromisure qualora lo Stato responsabile non osservi in buona fede la procedura di soluzione delle controversie, nonostante l'illecito sia cessato, *a fortiori*, lo Stato leso potrà avvalersi di tale facoltà, se, in condizioni analoghe, l'illecito non è terminato.

⁹⁷ Ai sensi dell'art. 23 :« 1. Lorsque des Membres chercheront à obtenir réparation en cas de violation d'obligations ou d'annulation ou de réduction d'avantages résultant des accords visés, ou d'entrave à la réalisation d'un objectif desdits accords, ils auront recours et se conformeront aux règles et procédures du présent mémorandum d'accord.

2. Dans de tels cas, les Membres: a) ne détermineront pas qu'il y a eu violation, que des avantages ont été annulés ou compromis ou que la réalisation d'un objectif des accords visés a été entravée si ce n'est en recourant au règlement des différends conformément aux règles et procédures du présent mémorandum d'accord, et établiront toute détermination de ce genre au regard des constatations contenues dans le rapport du groupe spécial ou de l'Organe d'appel adopté par l'ORD ou d'une décision arbitrale rendue au titre du présent mémorandum d'accord; b) suivront les procédures énoncées à l'article 21 pour déterminer le délai raisonnable à ménager au Membre concerné pour lui permettre de mettre en oeuvre les recommandations et décisions; et c) suivront les procédures énoncées à l'article 22 pour déterminer le niveau de la suspension de concessions ou d'autres obligations et obtenir l'autorisation de l'ORD, conformément à ces procédures,

interpretata dal panel e dall'Organo di appello nel senso di porre a carico delle parti contraenti l'obbligo di utilizzare *esclusivamente* le procedure contemplate dall'Intesa⁹⁸, risulta difficile conciliarla con l'art. 52 del testo della CDI.

Nonostante ciò, una parte della dottrina non ha escluso la possibilità di utilizzo dello strumento delle contromisure internazionali nel quadro dell'OMC. In particolare, Paolo Picone ha interpretato l'art. 23 dell'Intesa come «una deroga *condizionata* al presupposto che i meccanismi di garanzia istituzionali costituiscano un valido sostituto degli strumenti di autotutela individuale. Il venir meno di tale presupposto non potrebbe essere tuttavia dedotto semplicemente da qualsiasi difficoltà emersa nel corso del procedimento (...), ma dovrebbe riguardare un "fallimento strutturale" del meccanismo di garanzia istituzionale»⁹⁹.

L'ipotesi di *fall-back* nel diritto internazionale generale in caso di inefficienza strutturale dei meccanismi giurisdizionali era già stata suggerita nel corso dei lavori della CDI da Arangio-Ruiz allorché aveva esaminato il problema dei così detti *self-contained regimes*¹⁰⁰. Tale soluzione è stata giustificata in modo compiuto, in termini non solo pratici, ma anche teorici da Alex Marschik attraverso l'elaborazione del concetto di *primary norm remedy system*¹⁰¹. Questo concetto ha senz'altro il merito di conciliare la specificità di un insieme correlato di norme primarie e secondarie speciali con l'esigenza di garantire una ricaduta nel diritto internazionale generale allorché i meccanismi di soluzione delle controversie del sottosistema si rivelino fallimentari. Al tempo stesso, come è stato messo in luce nel primo capitolo, esso presenta il grosso limite di circoscrivere l'interazione fra sottosistema e sistema alla sola ipotesi estrema di inefficienza strutturale delle norme secondarie sottosistemiche.

avant de suspendre des concessions ou d'autres obligations résultant des accords visés au motif que le Membre en cause n'a pas mis en oeuvre les recommandations et décisions dans ce délai raisonnable».

⁹⁸ Vedi il rapporto del panel in cui si afferma: «En vertu de l'article 23:2 a), les Membres ont l'obligation d'avoir recours *exclusivement* à un mécanisme de règlement des différends de l'OMC/du Mémorandum d'accord pour obtenir une "détermination" établissant qu'une mesure est incompatible avec les règles de l'OMC (corsivo aggiunto)», rapporto del panel, *Etats-Unis- mesures à l'importation de certains produits en provenance des Communautés européennes*, WT/DS165/R, 17 luglio 2000, par. 6.92. Quest'interpretazione è stata confermata nel corrispondente rapporto dell'Organo di appello, WT/DS 165/AB/R, 11 dicembre 2000, par.125-127.

⁹⁹ P.PICONE, *cit.*, pp. 666-667.

¹⁰⁰ *Fourth Report on State Responsibility by Mr. Gaetano Arangio-Ruiz, Special Rapporteur*, Doc. A/CN.4/444 and Add. 1-3, *Yearbook of the International Law Commission*, 1992, vol. II, Part One, p.42. Vedi, in tal senso, anche B.SIMMA, *Self-contained regimes*, *cit.*, pp. 135-136.

¹⁰¹ Vedi il par. 1.3 del capitolo I.

Tenuto conto che sia la nozione di ordinamento particolare che quella di regime speciale valorizzano le opportunità d'interazione sostanziale fra diritto internazionale e diritto dell'OMC in materia di contromisure e, fermo restando il fatto che, in termini di efficienza giuridica, è preferibile fare salva la possibilità di ricaduta nei meccanismi di garanzia offerti dal diritto internazionale generale, resta da verificare quale di questi due concetti consente alle parti contraenti di esercitare, in violazione dell'art. 23 dell'Intesa, la facoltà di autotutela concessa dal diritto internazionale generale.

Se le norme OMC non sono altro che norme speciali di diritto internazionale, una *ricaduta* nei sistemi di garanzia offerti dall'ordinamento internazionale non è logicamente ammissibile. In effetti, il concetto di regime speciale parte dal presupposto che non esiste un sottosistema di regole distinto rispetto al diritto internazionale generale. Tutte le norme speciali, ivi comprese le norme OMC, non sono altro che norme internazionali particolari facenti parte del medesimo ordinamento giuridico. In quanto norme speciali, esse possono modificare le norme internazionali generali e tale modifica si traduce nel settore materiale del diritto del commercio internazionale in una deroga *incondizionata* al regime previsto dal diritto internazionale generale. Se, quindi, si accoglie il concetto di regime speciale per descrivere l'insieme di norme degli accordi OMC, l'unico modo per riconoscere alle parti contraenti il diritto di ricorrere allo strumento delle contromisure internazionali, nell'ipotesi di fallimento permanente dei meccanismi predisposti dagli accordi OMC, consiste nel modificare, attraverso una nuova norma convenzionale, l'art. 23 dell'Intesa¹⁰².

Qualora, invece, si ricorra al concetto di ordinamento internazionale particolare, è possibile utilizzare lo strumento delle contromisure internazionali tale quale risulta disciplinato dall'art. 52 del testo della CDI, al fine di far fronte ad un'inefficienza cronica del meccanismo di soluzione delle controversie predisposto dall'OMC, senza bisogno di rivedere nessuna disposizione dell'Intesa. In effetti, come è stato illustrato nel primo capitolo, le norme dell'ordinamento internazionale generale possono spiegare i propri effetti giuridici nell'ordinamento particolare OMC, non solo a titolo sussidiario, ma

¹⁰² Come mette in rilievo Joost Pauwelyn: «if it is, indeed, so that WTO suspension is a form of countermeasures, and hence the WTO treaty provides for a special regime on countermeasures, this special regime must be taken as the explicit choice of WTO members. They decided to contract out of general international rules in this respect. For a WTO member unilaterally to "contract back in" on the ground that the special regime is not to its liking or ineffective cannot be accepted. (...) If it is unhappy with the contracting out, it must convince the other parties to the treaty to change the treaty », vedi J. PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, cit., pp. 231-232.

anche sostitutivo. L'unica condizione che deve essere soddisfatta in entrambi i casi è quella di contribuire a rafforzare l'efficacia giuridica dell'ordinamento particolare in cui sono chiamate ad operare. In altri termini, se il meccanismo di soluzione delle controversie predisposto dall'Intesa si riveli fallimentare, le parti contraenti potranno ricorrere allo strumento delle contromisure internazionale, in violazione dell'art. 23, a titolo eccezionale, nella misura in cui quest'ultime si rivelino più efficaci della sospensione delle concessioni o degli obblighi OMC ex art. 22, per garantire il rispetto delle norme OMC originariamente violate.

In conclusione, la nozione di ordinamento particolare, è preferibile, sia rispetto a quella di *primary norm remedy system* in quanto permette di precisare ed integrare la portata dell'istituto della sospensione degli obblighi OMC previsto dall'art. 22 dell'Intesa tramite il ricorso a titolo sussidiario alle norme internazionali sostanziali che disciplinano le contromisure internazionali, sia rispetto alla nozione di regime speciale in quanto, a differenza di quest'ultimo, consente di ricorrere allo strumento delle contromisure internazionali, in *sostituzione* dei meccanismi di garanzia previsti dall'Intesa l'OMC, qualora quest'ultimi si rivelino permanentemente fallimentari.

CONCLUSIONI

Nel 1994, quando ancora l'accordo istitutivo dell'Organizzazione mondiale del commercio non era entrato in vigore, P.J. Kuyper chiedendosi se, con l'avvento dell'OMC, il diritto del commercio internazionale era destinato a diventare un regime autosufficiente di diritto internazionale, sosteneva prudentemente che era ancora troppo presto per rispondere a tale quesito. Al tempo stesso, non poteva fare a meno di rilevare che «the intention to move further towards a self-contained system certainly underlies the WTO Agreement and its Dispute Settlement Understanding»¹. Questa constatazione era basata soprattutto sulla lettura dell'art. 23 dell'Intesa sulla soluzione delle controversie che, al primo paragrafo, impone a carico delle parti contraenti l'obbligo di dirimere le controversie aventi per oggetto una norma OMC attraverso i meccanismi predisposti dall'Organizzazione. Kuyper, in altri termini, presagiva una futura chiusura del diritto dell'OMC nei confronti del diritto internazionale generale, facendo leva su una nozione circoscritta di regime autosufficiente incentrata sulla possibilità o meno per i destinatari delle norme di un sottosistema internazionale di reagire alle violazioni delle norme sottosistemiche avvalendosi degli strumenti di autotutela individuale offerti dal diritto internazionale generale.

L'attenzione riservata da Kuyper ai meccanismi di attuazione della responsabilità non sorprende. L'emancipazione del diritto dell'OMC da forme di sanzione unilaterali tipiche del diritto internazionale generale attraverso l'istituzione di un sistema efficace di soluzione delle controversie costituiva, in effetti, una delle principali sfide dei negoziati dell'Uruguay Round. La carica innovativa apportata dalle disposizioni dell'Intesa ha fatto sì che, al momento della creazione dell'OMC, il diritto internazionale generale fosse prevalentemente percepito come un sistema di diritto istituzionalmente arretrato anziché come una risorsa preziosa di norme sostanziali.

Questa visione miope del diritto internazionale generale è stata però ben presto abbandonata. Non appena sono stati promossi i primi ricorsi aventi per oggetto la violazione di norme OMC, in effetti, i giudici dell'Organo di appello si sono scontrati con una serie di difficoltà di ordine interpretativo ed applicativo che non erano in grado di risolvere basandosi esclusivamente sulle norme convenzionali dell'OMC.

¹ P.J.KUYPER, *The Law of GATT as a Special Field of International Law. Ignorance, Further Refinement or Self-contained System of International Law?*, *Netherlands Yearbook of International Law*, 1994, p. 257.

Il problema più delicato era rappresentato dal coordinamento delle norme contenute nei diversi accordi allegati al tratto istitutivo dell'OMC. Infatti, nonostante uno degli obiettivi principali dell'Uruguay Round consistesse nel ridurre la frammentazione del diritto del commercio internazionale attraverso l'introduzione del cosiddetto principio del "pacchetto unico"², i redattori degli accordi OMC non avevano provveduto ad armonizzare adeguatamente i regimi contemplati dai singoli accordi. Di qui la necessità di ricomporre questo complesso mosaico giuridico attraverso il ricorso alle norme di diritto internazionale pubblico sull'interpretazione dei trattati³. L'applicazione nel quadro dell'OMC dei criteri interpretativi propri del diritto internazionale generale è stata giustificata facendo leva sull'art. 3.2 dell'Intesa di soluzione delle controversie ai sensi del quale: «Le système de règlement des différends de l'OMC (...) a pour objet (...) de clarifier les dispositions existantes de ces accords conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public». In altri termini, l'apertura del diritto dell'OMC nei confronti del diritto internazionale generale è stata possibile grazie all'esistenza negli accordi OMC di un rinvio esplicito a determinate norme di tale sistema⁴. Il richiamo alle norme internazionali sull'interpretazione dei trattati, quindi, non ha incontrato resistenze presso le parti contraenti, dal momento che loro stesse, nel corso dei negoziati, avevano consentito a che tali regole operassero all'interno dell'OMC. In realtà, l'art. 3.2 ha svolto una funzione analoga a quella di un grimaldello, aprendo la porta del diritto dell'OMC non solo alle norme sull'interpretazione dei trattati, ma anche a tutte le regole di diritto internazionale generale. L'Organo di appello, in effetti, fin dal primo caso che è stato chiamato ad esaminare, non ha esitato a evidenziare che la scelta di richiamare nell'Intesa sulla soluzione delle controversie le norme internazionali generali sull'interpretazione dei trattati costituisce «dans une certaine mesure la reconnaissance du fait qu'il ne faut pas lire l'*Accord général* en l'isolant cliniquement du droit international public»⁵. Il diritto internazionale generale ha fatto così ingresso nell'OMC.

In seguito al caso *Etats-Unis - Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules* i richiami al diritto internazionale sono stati numerosi. Essi hanno riguardato il diritto

² Vedi, *infra*, il paragrafo 3.1 del Capitolo I.

³ Vedi, C.-D. EHLERMANN, *Six Years on the Bench of the "World Trade Court". Some Personal Experiences as Member of the Appellate Body of the World Trade Organization*, in *Journal of World Trade*, 2002, pp. 605-639.

⁴ Vedi, *infra*, il paragrafo 3.3 del capitolo I.

⁵ Rapporto dell'Organo di appello, *Etats-Unis - Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, WT/DS2/AB/R, 29 aprile 1996, p. 18.

processuale, così come il diritto dei trattati, i rapporti fra diritto internazionale e diritto interno così come il diritto della responsabilità⁶. Talvolta panel ed Organo di appello hanno giustificato il ricorso alle norme di diritto internazionale facendo leva sull'art. 3.2. Talvolta, si sono limitati ad applicare la regola internazionale senza chiarire quale fosse il fondamento giuridico che permettesse loro di avvalersi di una fonte giuridica non espressamente menzionata negli accordi OMC.

Inizialmente, l'assenza di un'impostazione uniforme e sistematica da parte dei panel e dell'Organo di appello nell'applicare il diritto internazionale è stata tollerata. Il diritto internazionale generale, in effetti, è stato utilizzato da panel ed Organo di appello soprattutto per chiarire od integrare norme già previste dagli accordi OMC. Il ricorso a principi di diritto internazionale generale vincolanti nei confronti di tutte le parti contraenti, è stato quindi accettato in quanto preferibile rispetto ad un attivismo giurisdizionale privo di riscontri giuridici oggettivi⁷.

In seguito, la mancata identificazione di principi generali in grado di regolare in modo trasparente i rapporti fra fonti internazionali e fonti OMC si è rivelata problematica. Il diritto internazionale generale e convenzionale, in effetti, è stato progressivamente invocato dalle parti contraenti, non tanto, o meglio, non solo come ausilio interpretativo ed integrativo delle norme esistenti, ma anche come fonte di diritto autonoma e concorrente rispetto alle norme contenute negli accordi OMC. Membri, quali gli Stati Uniti che, al momento dell'adesione all'OMC, pensavano di aver manifestato il loro consenso a vincolarsi solamente alle norme contenute negli accordi OMC, hanno così visto, tutt'a un tratto, estendersi notevolmente l'orizzonte di regole che era tenuti a rispettare. Il settore più delicato, a tale proposito, si è dimostrato essere il diritto della responsabilità. Alcune parti contraenti, in effetti, hanno richiesto ai panel di raccomandare allo Stato responsabile di prendere rimedi aventi una portata non solo prospettiva, ma anche retroattiva. Nonostante molte delle conseguenze generali derivanti dall'illecito internazionale abbiano una portata retroattiva, esse non hanno mai conosciuto applicazione nel diritto del commercio internazionale. L'Organo di soluzione delle controversie dell'OMC, quindi, si è trovato e si

⁶ Per una presentazione sistematica dei casi in cui panel e dell'Organo di appello hanno fatto riferimento a norme di diritto internazionale generale vedi J.CAMERON e K.R.GRAY, *Principles of International Law in the WTO Dispute Settlement Body*, in *International Comparative Law Quarterly*, 2001, pp. 248-298.

⁷ La scelta, da parte dei panel e dell'Organo di appello, di colmare le lacune OMC attraverso norme di diritto internazionale generale, anziché tramite una lettura estensiva dei trattati è stata senz'altro lungimirante. L'attivismo giurisdizionale, che, ad esempio, ha caratterizzato per più di quarant'anni l'operato della Corte di giustizia delle Comunità europee, in un'organizzazione priva di una vocazione "costituzionale", avrebbe rischiato di delegittimare ben presto l'operato dell'Organo di soluzione delle controversie. Vedi, in tal senso, C.-D. EHLERMANN, *Reflections on the Appellate Body of the WTO*, in *Journal of International Economic Law*, 2003, p. 699.

trova tutt'ora, nell'impasse di dover scegliere se dare seguito alla richiesta della parte lesa, introducendo a carico della parte convenuta un obbligo non espressamente previsto negli accordi OMC, oppure respingere tale istanza, avallando un'applicazione selettiva apparentemente arbitraria del diritto internazionale generale. Tutte e due le soluzioni non sono soddisfacenti, dal momento che entrambe finiscono per delegittimare fortemente l'operato dei panel ed dell'Organo di appello, minando così alle fondamenta l'edificio istituzionale messo in piedi nel 1995⁸.

Al fine di garantire l'apertura del diritto dell'OMC al diritto internazionale senza compromettere l'effettività del sistema di soluzione delle controversie, la dottrina ha suggerito di emendare l'Intesa in modo tale da includere una disposizione che imponga espressamente a carico delle parti contraenti un obbligo *sui generis* di riparazione avente più le caratteristiche di una sanzione che non di un risarcimento⁹. Tale soluzione avrebbe il duplice vantaggio di mettere panel ed Organo di appello al riparo da critiche di abuso delle proprie competenze giurisdizionali e, al tempo stesso, di dotare l'Organo di soluzione delle controversie di un deterrente estremamente persuasivo per indurre le parti contraenti ad osservare le norme OMC. Il limite di questa proposta risiede, però, nella sua fattibilità. Tenuto conto delle forti riserve manifestate da alcune delle parti contraenti in merito all'applicazione nel quadro dell'OMC dell'obbligo internazionale di riparazione l'eventualità che si raggiunga un *consensus* di tutti i Membri per la revisione delle norme dell'Intesa, in tale direzione, risulta estremamente remota¹⁰.

⁸ Se le parti contraenti esprimono perplessità sull'operato dell'Organo di soluzione delle controversie, o perché troppo attivista, o perché non coerente, potrebbero decidere di tutelare le loro prerogative sul piano procedurale disapplicando le decisioni dei panels o dell'Organo di appello e privilegiando le modalità di soluzione delle controversie (quali negoziati, buoni uffici, conciliazione, o istituzione di un organo arbitrale) proprie del diritto internazionale. Altrimenti potrebbero tentare di modificare le regole dell'Intesa in modo tale da ripristinare il sistema del *consensus* positivo vigente nel GATT'47 (questa sembra essere una delle soluzioni ventilate da Barfield che per ridurre il disequilibrio fra l'inefficienza delle procedure normative dell'OMC "piagate" dal principio del consensus e il grado particolarmente elevato di efficienza del sistema di soluzione delle controversie propone di ripristinare nel quadro del DSU un meccanismo decisionale più flessibile che permetta di riconoscere ad una minoranza sostanziale di Stati la facoltà di bloccare le decisioni di un panel o dell'Organo di appello che non condivide. Vedi C.E.BARFIELD, *Free trade, Sovereignty, Democracy: The Future of the World Trade Organization*, The AEI Press, Washington, 2001). In entrambe le ipotesi, l'efficacia dell'esercizio accentrato della funzione giurisdizionale sarebbe compromessa e l'ordinamento OMC da *semicomplexo* rischierebbe di regredire allo stato di ordinamento *semplice* (vedi par. 2.1 del capitolo I).

⁹ Vedi, in tal senso, P.MAVROIDIS, *Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place*, in *European Journal of International Law*, 2000, p. 763 ss ; O'CONNOR, *Remedies in the World Trade Organization Dispute Settlement System-The Bananas and Hormones Cases*, in *Journal of World Trade*, 2004, pp. 245-266; J.PAUWELYN, *Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules Are Rules. Toward a More Collective Approach*, in *American Journal of International Law*, 2000, pp. 335 ss

¹⁰ Il consenso da parte di tutte le parti contraenti per introdurre emendamenti alle norme dell'Intesa è contemplato dall'art. X, par.8 dell'accordo istitutivo dell'Organizzazione: «La décision d'approuver des amendements à l'Accord commercial multilatéral figurant à l'Annexe 2 sera prise uniquement par

Consapevoli di queste difficoltà, altri autori, hanno avanzato una proposta più modesta, ma, al tempo stesso, più realista. Essi hanno suggerito di deferire ad un arbitro istituito in base all'art. 25 dell'Intesa, le controversie aventi per oggetto una richiesta di riparazione¹¹. Il vantaggio di ricorrere all'art. 25 risiederebbe nel fatto che le parti contraenti, pur continuando ad avvalersi dei meccanismi giurisdizionali predisposti dall'Intesa, potrebbero delimitare, come ritengono più opportuno, la sfera di competenza dell'arbitro, includendovi la prerogativa di richiedere come rimedio la riparazione dei danni subiti da una di esse. Tale soluzione parte, però, dal presupposto che entrambe le parti alla controversia concordino nell'attribuire tale competenza all'arbitro. Resta, perciò, irrisolto, il problema, di valutare, se, in caso di disaccordo fra le due parti, l'una possa vantare, nel quadro dell'OMC, un diritto di riparazione nei confronti dell'altra.

In sintesi, nonostante la possibilità di ovviare in parte il problema della portata degli obblighi secondari dei Membri dell'OMC attraverso una soluzione istituzionale, un chiarimento, sul piano normativo, dei rapporti fra diritto internazionale e diritto dell'OMC in materia di responsabilità s'impone.

Questa tesi ha cercato di fare chiarezza su quest'aspetto, interrogandosi soprattutto su quale, fra i modelli teorici proposti dalla dottrina per descrivere i rapporti fra diritto dell'OMC e diritto internazionale, fosse più adeguato per conciliare le indicazioni della prassi in materia di responsabilità. Tenuto conto che nessuna delle soluzioni avanzate soddisfaceva pienamente tale esigenza, è stato necessario ricorrere al concetto di ordinamento giuridico.

L'assimilazione del diritto OMC ad un ordinamento giuridico internazionale particolare dell'ordinamento internazionale si è rivelata estremamente proficua, in quanto ha permesso, da un lato, di garantire un'apertura notevole del diritto dell'OMC nei confronti del diritto internazionale, dall'altro, di escludere l'applicazione di norme, quali l'obbligo internazionale di riparazione, estranee alle sue finalità¹².

Il ricorso al concetto di ordinamento giuridico, oltre ad offrire una valida giustificazione teorica, per scelte non sempre lineari dei panel e dell'Organo di appello, in materia di responsabilità, ha anche permesso d'interrogarsi più serenamente sui benefici potenziali di cui l'OMC godrebbe se panel ed Organo di appello si avvalessero pienamente del

consensus et lesdits amendements prendront effet à l'égard de tous les Membres dès qu'ils auront été approuvés par la Conférence ministérielle».

¹¹ Vedi E.-U. PETERSMANN, *WTO Negotiators Meet Academics. The negotiations on Improvements of the WTO Dispute Settlement System*, in *Journal of International Economic Law*, 2003, pp. 245-246.

¹² Vedi par 2.1 del capitolo IV.

diritto internazionale generale come sussidio giuridico. L'esame comparato di diritto della responsabilità nell'OMC e nel diritto internazionale generale ha messo, così, in luce, in tutti i capitoli, l'esistenza di ambiguità e di lacune nel primo ordinamento che potrebbero essere chiarite o colmate attraverso il ricorso alle norme corrispondenti del secondo. In particolare, nel capitolo sull'attribuzione dell'illecito, è emerso come il diritto dell'OMC presenti notevoli carenze in materia d'imputazione allo Stato dei comportamenti dei privati, che potrebbero essere colmate attraverso il ricorso alle nozioni internazionali di *organo di fatto* ed *elemento catalizzatore*. Nel capitolo III, è stata messa in luce l'opportunità d'invocare il diritto internazionale per abbandonare l'artificiosa distinzione imperativo/discrezionale, per chiarire il rapporto temporale fra obbligo violato e fatto illecito e per sottrarre al dominio incerto dei ricorsi senza infrazione, misure *prima facie* lecite, ma di fatto illecite. Nel capitolo IV, una volta valorizzata la funzione di ripristino della legalità di rimedi, quali la *restitutio in integrum*, che normalmente sono ricondotti all'istituto della riparazione, è stato possibile mettere in evidenza i vantaggi derivanti dall'invocazione nel quadro dell'OMC non solo dell'obbligo di cessazione, ma anche del dovere di restituzione e di soddisfazione. Infine, nel capitolo V, dopo aver preso atto della scelta di alcuni arbitri, istituiti in base all'art. 22.6 dell'Intesa, d'invocare l'art. 49 del testo della CDI per attribuire alla sospensione delle concessioni una funzione coercitiva, è stata messa in luce la possibilità di applicare a titolo *sostitutivo* le norme internazionali che disciplinano il ricorso allo strumento delle contromisure internazionali, nell'ipotesi estrema di fallimento dei meccanismi di soluzione delle controversie contemplati dall'OMC.

In tutti questi casi, l'applicazione del diritto internazionale nel quadro dell'OMC non comprometterebbe l'effettività dell'ordinamento commerciale. In effetti, sia le regole sull'origine della responsabilità, che quelle sul contenuto e sull'attuazione appena menzionate, realizzano un ottimo equilibrio fra rispetto del principio di legalità e protezione della sovranità statale. L'ordinamento OMC potrebbe quindi beneficiare di regole che favoriscono l'osservanza delle norme OMC e, quindi, *mutatis mutandis* che contribuiscono a realizzare i fini per i quali è stata istituita tale organizzazione, senza alienarsi il consenso dei suoi Membri.

Lo stesso non si verificherebbe nell'ipotesi in cui ad essere applicate nell'ordinamento OMC fossero le norme che disciplinano la componente puramente riparatoria della

responsabilità internazionale. La riparazione, intesa in senso stretto¹³, in effetti, risponde ad una logica di ricostituzione del patrimonio del soggetto leso in termini equivalenti a quelli esistenti prima del danno, che è estranea all'obiettivo di garantire l'equilibrio fra concessioni reciproche, che contraddistingue il diritto del commercio internazionale. Inoltre, l'applicazione con effetto retroattivo dell'obbligo di risarcimento per danni patrimoniali causati dal mancato rispetto di una norma commerciale comporterebbe degli oneri talmente gravosi a carico delle parti contraenti, da rendere materialmente impossibile la sua esecuzione.

Il confronto fra diritto internazionale e diritto dell'OMC in materia di responsabilità è stato utile non solo per fare una rassegna delle possibili regole che panel ed Organo di appello potrebbero utilizzare per chiarire il regime della responsabilità nel quadro dell'OMC, ma anche per individuare decisioni dell'Organo di soluzione delle controversie capaci di alimentare la prassi internazionale relativa ad alcune norme, formulate nel testo della CDI, che sono espressione di uno sviluppo, anziché di una mera codificazione, del diritto internazionale. In particolare, nel capitolo II, è stato possibile mettere in luce come, nel caso *Corée-mesures affectant les marchés publics*, il panel abbia identificato gli organi facenti parte dell'amministrazione centrale della Corea, utilizzando criteri esterni rispetto al diritto nazionale. Nonostante il diritto internazionale non sia stato espressamente invocato, la decisione del panel offre un precedente importante per la cristallizzazione della regola codificata al paragrafo 2 dell'art. 4 del testo della CDI in base alla quale possono fare parte dell'apparato statale, anche soggetti che non sono considerati tali in base al diritto interno. Nel capitolo IV, sono state citate le raccomandazioni dei panel e dell'Organo di appello relative al caso *Etats-Unis-prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, recours de la Malaisie à l'article 21.5*, come manifestazioni dell'obbligo di cessazione di un illecito di condotta. In questo caso, le decisioni dell'Organo di soluzione delle controversie sono significative per il diritto internazionale in quanto mettono in luce le carenze del testo della CDI che non contempla una distinzione fra illeciti di condotta ed illeciti di risultato ai fini della definizione del contenuto della responsabilità. Infine, nel caso *Etats-Unis- Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur*, esaminato sempre nel capitolo IV, le garanzie offerte dagli Stati Uniti, anche se relative ad un illecito potenziale e non consumato, costituiscono un

¹³ Vedi il paragrafo 2.2 del capitolo IV.

indizio importante del contenuto che potrebbe assumere davanti ad un tribunale l'obbligo di non ripetizione codificato nell'art. 30 b) del testo della CDI.

Osservando la prassi OMC appena citata, non si può non rilevare che le regole internazionali che le decisioni dei panel e dell'Organo di appello contribuiscono a cristallizzare, presentano tutte un grado notevole d'indeterminatezza per quanto concerne il loro contenuto. In particolare, per quanto riguarda l'individuazione di parametri diversi dal diritto interno per stabilire quali soggetti fanno parte dell'apparato statale, il commento all'art. 4 si limita a riconoscere un margine d'intervento al diritto internazionale nel settore riservato dell'organizzazione dei poteri statali, senza però specificare la *ratio*, la portata e le conseguenze di quest'incursione. Per quanto riguarda, poi, la definizione del contenuto dell'obbligo di cessazione, il commento all'art. 30 a) del testo della CDI si limita a precisare che l'obbligo di cessazione può comportare il dovere d'interrompere un'azione così come il dovere di porre in essere il comportamento richiesto dalla norma primaria violata, senza introdurre alcuna distinzione, all'interno della categoria delle omissioni, fra illeciti di condotta ed illeciti di risultato. Infine, per quanto riguarda l'offerta di garanzie di non ripetizione, il commento all'art. 30 b) si limita ad affermare che il diritto di avvalersi di tali misure dipende dalla natura e dal tipo d'infrazione, senza chiarire le circostanze che fanno automaticamente sorgere tale dovere a carico dello Stato responsabile.

Nonostante, la loro portata così incerta, queste norme internazionali hanno potuto spiegare i loro effetti giuridici nel quadro dell'OMC, senza alterare l'equilibrio di diritti ed obblighi concordato fra le parti contraenti, in virtù delle caratteristiche istituzionali di tale organizzazione. In effetti, la presenza di un organo permanente titolare di una competenza quasi obbligatoria per la soluzione di controversie, ha permesso di trasferire ad un'autorità *super partes* il delicato compito di esplicitare il contenuto potenziale di tali regole internazionali adattandolo al contesto in cui sono tenute ad operare.

In sintesi, sia il diritto dell'OMC, a causa delle proprie carenze normative, che il diritto internazionale, a causa delle proprie carenze istituzionali, potrebbero in prospettiva beneficiare notevolmente di un'interazione reciproca. La tesi, introducendo un modello capace di regolare in modo trasparente ed uniforme i rapporti fra diritto internazionale e diritto dell'OMC, ha permesso di mettere in evidenza proprio questo. Da un lato, ha consentito di mettere in risalto i benefici derivanti dal ricorso al diritto internazionale della responsabilità di cui, finora, i giudici dell'OMC, forse per timore di aprire una

scatola di Pandora, non si sono ancora aperti. Dall'altro, ricostruendo il diritto della responsabilità dell'OMC utilizzando come griglia di riferimento le norme previste dal testo di codificazione della CDI ha reso il diritto OMC più accessibile a coloro che non sono esperti di diritto del commercio internazionale, valorizzando così la giurisprudenza OMC quale fonte significativa per alimentare la prassi internazionale. La speranza è che questo lavoro possa, non solo offrire una chiave utile di lettura dei rapporti fra diritto dell'OMC e diritto internazionale per lo specialista commerciale, ma anche aprire una finestra sul diritto del commercio internazionale nella casa degli internazionalisti.

BIBLIOGRAFIA

MANUALI, MONOGRAFIE, OPERE COLLETTANEE, TESI, ENCICLOPEDIE, CONVEGNI, CORSI GENERALI

G.ABI-SAAB, *Cours général de droit international public*, R.C.A.D.I., vol. 207, 1987

G.ADINOLFI, *L'Organizzazione mondiale del commercio. Profili istituzionali e normativi*, Padova, Cedam, 2001

D.ALLAND, *Justice privée et ordre juridique international. Etude théorique des contre-mesures en droit international public*, Paris, Pedone, 1994

D. ANZILOTTI, *Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internazionale*, Firenze, 1902, ristampa a cura della SIOI in *Opere di D. Anzilotti*, vol. II, 1, Padova, 1956

C.E.BARFIELD, *Free trade, Sovereignty, Democracy: The Future of the World Trade Organization*, AEI, Washington, 2001

L.A.N.M.BARNHOORN e K.C.WELLENS (edited by), *Diversity in Secondary Rules and the Unity of International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1995

B.BEUTLER, R.BIEBER, J. PIPKORN, J.STREIL, J.H.H.WEILER, (a cura di) *L'Unione europea. Istituzioni, ordinamento, politiche*, Il Mulino, Bologna, 2001

N.BOBPIO, *La teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 1960

N.BOBPIO, *Il positivismo giuridico. Lezioni di Filosofia del Diritto*, Giappichelli, Torino, 1979

N.BOBbio, *Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires*, in *Essais de théorie du droit*, LGDJ-Bruylant, Paris-Bruxelles, 1998

B.BOLLEKER-STERN, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, Pedone, Paris, 1973

G.CARELLA, *Responsabilità internazionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. XIII, Utet, Torino, 1997, p. 241 ss

A.CASSESE, *International Law*, Oxford University Press, New York, 2001

J. I. CHARNEY, *Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals?*, in *R.C.A.D.I.*, vol. 271, 1998, p. 101 ss

J.-P.COLSON, *Droit publique économique*, L.G.D.J., Paris, 2001

L.CONDORELLI, *L'imputation à l'État d'un fait internationalement illicite: solutions classiques et nouvelles tendances*, *R.C.A.D.I.*, vol. 189, 1984, p. 19 ss

B.CONFORTI, *Diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2002

M.CORSALE, *Pluralismo giuridico*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIII, Giuffré, Milano, 1983, p. 1003 ss

T.COTTIER e K.N.SCHEFER, *Non-Violation Complaints in WTO/GATT Dispute Settlement: Past, Present and Future*, in E.-U. PETERSMANN (edited by) *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, Kluwer Law International, London, Boston, 1997, p. 145 ss

T.COTTIER e K.N.SCHEFER, *Good Faith and the Protection of Legitimate Expectations in the WTO*, in M. BRONCKERS e R.QUICK (edited by), *New Directions in International Economic Law*, Kluwer Law International, Boston, 2000, p. 47 ss

F.COULÉE, *Droit des traités et non-reciprocité: recherche sur l'obligation intégrale en droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2003

J.CRAWFORD, *The Standing of States: a Critique of Article 40 of the ILC'S Draft Articles on State Responsibility*, in M. ANDENAS e D.FAIRGRIEVE, *Judicial Review in International Perspective: Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley*, vol. II, Kluwer London International, The Hague, Boston, 2000, p. 23 ss

J.CRAWFORD, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002

E.DECAUX, *Responsabilité et réparation*, in *La responsabilité dans le système international, colloque du Mans*, Société française pour le droit international, Pedone, Paris, 1990, p. 147 ss

P.DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté européenne*, Bruylant, Bruxelles, 1997

M.DISTEFANO, *Soluzione delle controversie nell'OMC e diritto internazionale*, Cedam, Padova, 2001

C.DOMINICÉ, *La satisfaction en droit de gens*, in *Mélanges Georges Perrin*, Lusanne, p.91 ss

P.-M.DUPUY, *La responsabilité internationale des Etats pour les dommages d'origine technologique et industrielle*, Pedone, Paris, 1976

P.-M.DUPUY, *Le fait générateur de la responsabilité internationale des Etats*, *R.C.A.D.I.*, vol. 188, 1984, p. 21 ss

P.-M.DUPUY, *Responsabilité et légalité*, in *La responsabilité dans le système international, colloque du Mans*, Société française pour le droit international, Pedone, Paris, 1990, p. 263 ss

P.-M.DUPUY, *Le maintien ou la disparition de l'unité du système juridique international*, in R.BEN ACHOUR e S. LAGHMANI (sous la direction de), *Harmonie et contradictions en droit international*, colloque des 11-12-13 avril 1996 à la faculté des Sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, Pedone, Paris, 1996, p. 17 ss.

P.-M. DUPUY, *Droit international public*, Dalloz, Paris, 2002

P.-M. DUPUY, *L'unité de l'ordre juridique international*, *R.C.A.D.I.*, vol. 297, 2002

P.-M- DUPUY (sous la direction de), *Obligations multilatérales, droit impératif et responsabilité internationale des États*, Pedone, Paris, 2003

F.FRANCIONI e T.SCOVAZZI (edited by), *International Responsibility for Environmental Harm*, Graham e Trotman, London, Dordrecht, Boston, 1991

V. FROSINI, *Ordinamento giuridico (filosofia)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXX, Giuffré, Milano, 1980, p.630 ss

J.A.FROWEIN, *Reactions by not Directly Affected States to Breaches of Public International Law*, *R.C.A.D.I.*, vol. 248, 1994, p. 245 ss

M.GARCIA-RUBIO, *On the application of Customary Rules of State Responsibility by the WTO Dispute Settlement Organs*, Graduate Institute of International Studies, Geneva, 2001

F.GENTILE, *Ordinamento giuridico. Controllo o/e comunicazione ?Tra virtualità e realtà*, in UGO PAGALLO, *Testi e contesti dell'ordinamento giuridico*, Cedam, Padova, 1999

F.GENTILE, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, Cedam, Padova, 2001

M.GIULIANO, T.SCOVAZZI e T.TREVES, *Diritto internazionale. Parte generale*, Giuffr , Milano, 1991

C.GRAY, *Judicial Remedies in International Law*, Oxford University Press, New York, 1987

H.HART, *Il concetto del diritto*, introduzione e traduzione di Mario Cattaneo, Einaudi, Torino, 1965

P.HOLMES, *The WTO and the EU: Some Constitutional Comparisons*, in G. DE BURCA e J.SCOTT (edited by) *The EU and the WTO. Legal and Constitutional Issues*, Hart, Oxford-Portland Oregon , 2001, p. 59 ss

M. IOVANE, *La riparazione nella teoria e nella prassi dell'illecito internazionale*, Giuffr , Milano, 1990

J. H. JACKSON, *The World Trade Organization. Constitution and Jurisprudence*, The Royal Institute of International Affairs, London, 1998

H.KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, traduzione di Sergio Cotta e Giuseppino Treves, Edizioni di Comunità, Milano, 1959

R.KOLB, *La bonne foi en droit international public. Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, Presses Universitaires de France, Paris, 2000

C.LEBEN, *Les sanctions privatives de droits ou de qualit  dans les organisations internationales spécialisées*, Bruylant, Bruxelles, 1979

G. LUMIA, *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*, Giuffr , Milano, 1978

A.MARSCHIK, *Subsysteme im Völkerrecht : ist die Europ ische Union ein "Self-Contained Regime"?*, Duncker & Humblot, Berlin, 1997

D. M. McRAE, *The Contribution of International Trade Law to the Development of International Law*, R.C.A.D.I., vol. 260, 1996, p. 99 ss

F.MODUGNO, *Ordinamento giuridico (dottrine generali)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXX, Giuffré, Milano, 1980, p.678 ss

F.MODUGNO, *Pluralità degli ordinamenti*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIV, Giuffré, Milano, 1985, p. 1 ss

G.MORELLI, *Nozioni di diritto internazionale*, Cedam, Padova, 1967

Von JAN NEUMANN, *Die Koordination des WTO-Rechts mit anderen völkerrechtlichen Ordnungen, Konflikte des materiellen Rechts und Konkurrenzen der Streitbeilegung*, Dunker & Humblot, Berlin, 2002

R.PISILLO MAZZESCHI, *"Due Diligence" e responsabilità internazionale degli Stati*, Giuffré, Milano, 1989

F.ROESSLER, *The Concept of Nullification and Impairment in the Legal System of the World Trade Organization*, in E.-U. PETERSMANN (edited by) *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, Kluwer Law International, London, Boston 1997, p. 125 ss

D.PALMETER e P.MAVROIDIS, *Dispute Settlement in the World Trade Organization-Practice and Procedure*, Kluwer Law International, the Hague, London, Boston, 1999

J. PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003

E.-U. PETERSMANN, *The GATT/WTO Dispute Settlement System. International Law, International Organizations and Dispute Settlement*, Kluwer Law International, London, Boston, 1997

E.-U. PETERSMANN, *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System 1948-1996: An Introduction*, in E.-U. PETERSMANN (ed. by), *International Trade law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, Kluwer Law International, the Hague, London, Boston, 1999, p. 3 ss

P.PICONE e A.LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, Cedam, Padova, 2002

F.POIRAT, *Le traité, acte juridique international. Recherches sur le traité international comme mode de production et comme produit*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2004

R.QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, Liguori, Napoli, 1978

P.REUTER, *Solidarité et divisibilité des engagements conventionnels*, in Y.DINSTEIN e M. TABORY, *International Law at a Time of Perplexity : Essays in Honor of Shabtai*, M. Nijoff, Dordrecht, The Netherlands, Boston, 1989, p. 623 ss

W.RIPHAGEN, *Techniques of International Law*, *R.C.A.D.I.*, vol.246,1994, p 239 ss

SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze, 1962

SCELLE, *Précis du droit de gens*, 1932, ristampato nel 1984 dal CNRS, Paris

A.P.SERENI, *Diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 1960

B.SIMMA, *Bilateralism and Community Interest in the Law of State Responsibility*, in Y.DINSTEIN e M. TABORY, *International Law at a Time of Perplexity : Essays in Honor of Shabtai*, M. Nijoff, Dordrecht, The Netherlands, Boston, 1989, p. 821 ss

B.SIMMA, *From Bilateralism to Community Interests in International Law*, *R.C.A.D.I.*, vol. 250, 1994, p. 217 ss

M. SPINEDI e B. SIMMA, *United Nations Codification of State Responsibility*, Oceana, New York, 1987

S.M.SULLIVAN, *Changing the Premise of International Legal Remedies: The ICJ Adoption of Assurances & Guarantees of Non-Repetition*, LL.M. Thesis, European University Institute, 2002

A.O. SYKES, *The Remedy for Breach of Obligations under the WTO Dispute Settlement Understanding: Damages or Specific Performance?*, in M.BRONCKERS e R.QUICK (edited by), *New Directions in International Economic Law: Essays in Honour of John H. Jackson*, Kluwer Law International, Boston, 2000, p. 347 ss

G.TARELLO, *Cultura giuridica e politica del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1988

R.VILLATA, *Interesse ad agire*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XVII, Treccani, Roma, 1989, p. 2.

N.WALKER, *The EU and the WTO: Constitutionalism in a new Key*, in G.DE BURCA e J.SCOTT (edited by) *The EU and the WTO. Legal and Constitutional Issues*, Hart, Oxford-Portland Oregon, 2001, p. 31 ss

G.WILLIAMS, *Non-Violation Complaints in the WTO System*, in P.MENGOZZI (edited by), *International Trade Law on the 50th Anniversary of the Multilateral Trade System*, Giuffrè, Milano, 1999, p.675 ss

E.WYLER, *Propos sur la fécondité du paradigme systémique en droit international à la lumière de la théorie de Georges Abi-Saab*, in L.BOISSON de CHAZOURNES e V.GOWLLAND-DEBBAS (eds.), *The International Legal System in Quest of Equity and Universality/L'ordre juridique international, un système en quête d'équité et d'universalité, Liber Amicorum Georges Abi-Saab*, Kluwer Law International, Hague, London, Boston, 2001, p. 23 ss

K.ZEMANEK, *Responsibility of States: General Principles*, in *Encyclopedia of Public International Law*, vol. IV, Elsevier Science, Amsterdam, 2000, p. 216 ss

P.ZICCARDI, *Ordinamento giuridico: diritto internazionale*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXX, Giuffr , Milano, 1980, p. 766 ss

ARTICOLI e PAPERS

JOSÉ E.ALVAREZ e J.P.TRACHTMAN, *Institutional Linkage: Transcending "Trade and ..."*, in *American Journal of International Law*, 2002, p. 77 ss

L.BARTELS, *Applicable Law in WTO Dispute Settlement Proceedings*, in *Journal of World Trade*, 2001, p. 499 ss

G.BARTOLINI, *Organi di fatto e responsabilit  internazionale: recenti sviluppi*, in *La Comunità internazionale*, 2001, p. 435 ss

D. J. BEDERMAN, *The ILC's State Responsibility Articles: Counterintuiting Countermeasures*, *American Journal of International Law*, 2002, p. 817 ss

J.H.BELLO, *The WTO Dispute Settlement Understanding: Less is More*, in *American Journal of International Law*, 1996, p. 416 ss

S. BHUTYAN, *Mandatory and Discretionary Legislation: The Continued Relevance of the Distinction Under the WTO*, in *Journal of International Economic Law*, 2002, p. 571 ss

D.BODANSKY, J.R.CROOK e D.SHELTON, *Righting Wrongs: Reparations in the Articles on State Responsibility*, in *American Journal of International Law*, 2002, p. 840 ss

J.CAMERON e K.R.GRAY, *Principles of International Law in the WTO Dispute Settlement Body*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2001, p. 248 ss

E. CANAL-FORGUES, *Sur l'interprétation dans le droit de l'OMC*, in *Revue générale de droit international public*, 2001, p 105 ss

E.CANNIZZARO, *The Role of Proportionality in the Law of International Countermeasures*, in *European Journal of International Law*, 2001, p. 889 ss

C.CARMODY, *Remedies and Conformity under the WTO Agreement*, in *Journal of International Economic Law*, 2002, p. 307 ss

D.Z. CASS, *The "Constitutionalization of International Trade Law: Judicial Norm-Generation as the Engine of Constitutional Development in International Trade*, in *European Journal of International Law*, 2001, p. 39 ss

J. I. CHARNEY , *Universal International Law*, in *American Journal of International Law*, 1993, p. 529 ss

S.CHARNOVITZ, *Rethinking WTO Trade Sanctions*, in *American Journal of International Law*, 2001, p. 792 ss

S.CHARNOVITZ, *Triangulating the World Trade Organization*, in *American Journal of International Law*, 2002, p. 28 ss

SUNG-JOON CHO, *GATT Non-Violation Issues in the WTO Framework: Are They the Achilles' Heel of the Dispute Settlement Process?*, in *Harvard International Law Journal*, 1998, p. 311 ss

A.I.L.CHUA, *Reasonable Expectations and Non-Violation Complaints in GATT/WTO Jurisprudence*, in *Journal of World Trade*, 1998, p. 39 ss

J.CRAWFORD, P.BODEAU & J.PEEL, *The ILC's Articles on State Responsibility: Toward Completion of a Second Reading*, in *American Journal of International Law*, 2000, p. 660 ss

J.CRAWFORD, J.PEEL & S.OLLESON, *The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: Completion of the Second Reading*, in *European Journal of International Law*, 2001, p. 963 ss

W.J.DAVEY, *Has the WTO Dispute Settlement System Exceeded Its Authority? A Consideration of deference shown by the System to member Government Decisions and Its Use of Issue-Avoidance Techniques*, in *Journal of International Economic Law*, 2001, p. 79 ss

A.DESMEDT, *Proportionality in WTO Law*, in *Journal of International Economic Law*, 2001, p. 441 ss

P.M.DUPUY, *International Law: Torn between Coexistence, Cooperation and Globalisation. General Conclusion*, in *European Journal of International Law*, 1998, p. 278 ss

P.-M.DUPUY, *Reviewing the Difficulties of Codification: on Ago's Classification of Obligations of Means and Obligations of Result in Relation to State Responsibility*, in *European Journal of International Law*, 1999, p. 371 ss

P.-M.DUPUY, *A General Stocktaking of the Connections between the Multilateral Dimension of Obligations and Codification of the Law of Responsibility*, in *European Journal of International Law*, 2002, p. 1053 ss

J.P.DURLING e S.N.LESTER, *Original Meanings and the Film Dispute: the Drafting History, Textual Evolution, and Application of the Non-Violation Nullification or Impairment Remedy*, in *George Washington Journal of International Law and Economics*, 1999, p. 211 ss

C.-D. EHLERMANN, *Six Years on the Bench of the "World Trade Court". Some Personal Experiences as Member of the Appellate Body of the World Trade Organization*, in *Journal of World Trade*, 2002, p. 605 ss

C.-D. EHLERMANN, *Reflections on the Appellate Body of the WTO*, in *Journal of International Economic Law*, 2003, p. 695 ss

C.-D. EHLERMANN e L. EHRING, *WTO Dispute Settlement and Competition Law: Views from the Perspective of the Appellate Body's Experience*, in *Fordham International Law Journal*, 2003, p. 1505 ss

T. O. ELIAS, *The Doctrine of Intertemporal Law*, in *American Journal of International Law*, 1980, p. 285 ss

C.O.GARCIA-CASTRILLON, *Private Parties under the Present WTO (Bilateralist) Competition Regime*, in *Journal of World Trade Law*, 2001, p. 99 ss

A.GATTINI, *Smoking/No Smoking: Some Remarks on the Current Place of Fault in the ILC Draft Articles on State Responsibility*, in *European Journal of International Law*, 1999, p. 397 ss

G.GOH e A.R.ZIEGLER, *Retrospective Remedies in the WTO after Automotive Leather*, in *Journal of International Economic Law*, 2003, p. 545 ss

P.GRANÉ, *Remedies under WTO Law*, in *Journal of International Economic Law*, 2001, p. 755 ss

C.GRAY, *The Choice between Restitution and Compensation*, in *European Journal of International Law*, 1999, p. 413 ss

P.GREENWALD, *WTO Dispute Settlement: an Exercise in Trade Law Legislation?*, in *Journal of International Economic Law*, 2003, p. 113 ss

R.HIGGINS, *Time and the Law: International Perspectives on an Old Problem*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1997, p. 501 ss

D.N.HUTCHINSON, *Solidarity and Breaches of Multilateral Treaties*, in *British Yearbook of International Law*, 1988, p. 151 ss

Y.IWASAWA, *WTO Dispute Settlement as Judicial Supervision*, in *Journal of International Economic Law*, 2002, p. 287 ss

J. H. JACKSON, *The WTO Dispute Settlement Understanding- Misunderstanding on the Nature of Legal Obligation*, in *American Journal of International Law*, 1997, p. 60 ss

J.H.JACKSON, *Dispute Settlement and the WTO Emerging Problems*, in *Journal of International Economic Law*, 1998, p. 329 ss

J.H.JACKSON, *The WTO "Constitution" and Proposed Reforms: Seven "Mantras" Revisited*, in *Journal of International Economic Law*, 2001, p. 67 ss

J.H.JACKSON, *After word: The Linkage Problem—Comments On Five Texts*, in *American Journal of International Law*, 2002, p. 118 ss

J.E.KEARNS e S.CHARNOVITZ, *Adjudicating Compliance in the WTO: a Review of DSU Article 21.5*, in *Journal of International Economic Law*, 2002, p. 331 ss

N. KOMURO, *Kodak-Fuji Film Dispute and the WTO Panel Ruling*, *Journal of World Trade*, 1998, p. 161 ss

C.KRESS, *L'organe de facto en droit international public réflexions sur l'imputation à l'Etat de l'acte d'un particulier à la lumière des développements récents*, in *Revue générale de droit international public*, 2001, p. 93 ss

P.J.KUYPER, *The Law of GATT as a Special Field of International Law, Ignorance, further Refinement or Self-contained System of International Law?* in *Netherlands Yearbook of International Law*, 1994, p. 227 ss

C.LEBEN, *De quelques doctrines de l'ordre juridique*, *Droits*, 2001, p. 19 ss

J.LINARELLI, *The Role of Dispute Settlement in World Trade Law: Some Lessons from the Kodak-Fuj Dispute*, in *Law and Policy in International Business*, 2000, p. 263 ss

A.MARSCHIK, *Too Much Order ?The Impact of Special Secondary Norms on the Unity and Efficacy of the International Legal System*, in *European Journal of International Law*, 1998, p. 212. ss

G. MARCEAU, *A Call for coherence in international law. Praises for the prohibition against "clinical isolation" in WTO Dispute Settlement*, in *Journal of World Trade*, 1999, p. 87 ss

G.MARCEAU, *Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdictions – The Relationship Between WTO Agreement and MEAs and Other Treaties*, in *Journal of World Trade*, 2001, p. 1081 ss

R. S. J. MARTHA, *The Duty to Exercise Judgment on the Fruitfulness of Actions in World Trade Law*, in *Journal of World Trade*, 2001, p. 1035 ss

P.C.MAVROIDIS, *Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place*, in *European Journal of International Law*, 2000, p. 763 ss

D. M. McRAE, *The WTO in International Law: Tradition Continued or New Frontier?*, in *Journal of International Economic Law*, 2000, p. 27 ss

Y.NAIKI, *The Mandatory/Discretionary Doctrine in WTO Law. The US-Section 301 Case and Its Aftermath*, in *Journal of International Economic Law*, 2004, p. 23 ss

B.O'CONNOR, *Remedies in the World Trade Organization Dispute Settlement System-The Bananas and Hormones Cases*, in *Journal of World Trade*, 2004, p. 245 ss

D.PALMETER e P.C.MAVROIDIS, *The WTO Legal System: Sources of Law*, in *American Journal of International Law*, 1998, p. 398 ss

D.PALMETER, *The WTO as a Legal System*, in *Fordham International Law Journal*, vol. 24, 2000, p. 444 ss

J.PAUWELYN, *Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules Are Rules. Toward a More Collective Approach*, in *American Journal of International Law*, 2000, p. 335 ss

J.PAUWELYN, *The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?*, in *American Journal of International Law*, 2001, p. 535 ss

J.PAUWELYN, *A Typology of Multilateral Treaty Obligations: Are WTO Obligations Bilateral or Collective in Nature?*, in *European Journal of International Law*, 2003, p. 907 ss

P.PESCATORE, *The GATT Dispute Settlement Mechanism. Its Present Situation and its Prospects*, in *Journal of World Trade*, 1993, p. 5 ss

E.-U. PETERSMANN, *Violation-Complaints and Non-Violation Complaints in Public International Law*, in *German Yearbook of International Law*, 1991, p. 175 ss

E.-U. PETERSMANN, *WTO Negotiators Meet Academics. The negotiations on Improvements of the WTO Dispute Settlement System*, in *Journal of International Economic Law*, 2003, p.237 ss

E.-U. PETERSMANN, *Challenges to the Legitimacy and Efficiency of the World Trading System: Democratic Governance and Competition Culture in the WTO*, in *Journal of International Economic Law*, 2004, p. 585 ss

H. RASMUSSEN, *L'Organisation mondiale du commerce et ses instruments législatifs et juridictionnels*, in *Revue du Marché Unique Européen*, 1994, p.185 ss

F.ROESSLER, *Should Principles of Competition Policy Be Incorporated into WTO Law, through Non-Violation Complaints?*, in *Journal of International Economic Law*, 1999 p. 413 ss

O.SCHACHTER, *Dispute Settlement and Countermeasures in the International Law Commission*, in *American Journal of International Law*, 1994, p. 471 ss

C.U.SCHMID, *A Theoretical Reconstruction of WTO Constitutionalism and Its Implications for the Relationship with the EU*, *EUI Working Paper Law*, n. 5, 2001

A.W.SHOYER, *The First Three Years of WTO Dispute Settlement: Observations and Suggestions*, in *Journal of International Economic Law*, 1998, p. 259 ss

KWAN KIAT SIM, *Rethinking the Mandatory/Discretionary Legislation Distinction in WTO Jurisprudence*, in *World Trade Review*, 2003, p. 33 ss

J. R. SILVERMAN, *Multilateral Resolution over Unilateral Retaliation: Adjudicating the Use of Section 301 before the WTO*, in *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, 1996, p. 233 ss

B.SIMMA, *Self-contained regimes*, in *Netherlands Yearbook of International Law*, 1985, p. 111 ss

B.STERN, *Et si on utilisait le concept de préjudice juridique ? Retour sur une notion délaissée à l'occasion de la fin des travaux de la C.D.I. sur la responsabilité des États*, in *Annuaire français de droit international*, 2001, p. 3 ss

S. SUR, *The State between Fragmentation and Globalisation*, in *European Journal of International Law*, 1997, p. 421 ss

C.J.TAMS, *Consular Assistance: Rights, Remedies and Responsibility: Comments on the ICJ's Judgment in the LaGrand Case*, in *European Journal of International Law*, 2002, p. 1257 ss

C.J.TAMS, *Recognizing Guarantees and Assurances of Non-Repetition: LaGrand and the Law of State Responsibility*, in *The Yale Journal of International Law*, 2002, p.441 ss

J.P. TRACHTMAN, *The Domain of WTO Dispute Resolution*, in *Harvard International Law Journal*, 1999, p. 333 ss

C.M. VALLES e B.P. MCGIVERN, *The Right to Retaliate under the WTO Agreement. The "Sequencing" Problem*, in *Journal of World Trade*, 2000, p. 63 ss

S. M. VILLALPANDO, *Attribution of conduct to the State : how the rules of State responsibility may be applied within the WTO Dispute settlement system*, in *Journal of International Economic Law*, 2002, p. 393 ss

J.H.H. WEILER, *The Rule of Lawyers and the Ethos of Diplomats: Reflections on the Internal and External Legitimacy of WTO Dispute Settlement*, *Harvard Jean Monnet Working Paper*, n.9, 2000

B. WEISS, *Invoking State Responsibility in the Twenty-First Century*, in *American Journal of International Law*, 2002, p. 798 ss

LAVORI DELLA COMMISSIONE DI DIRITTO INTERNAZIONALE

I.L.C. YEARBOOKS

Yearbook of International Law Commission, 1970, vol. II

-Second Report on the Origin of International Responsibility by Mr. Roberto Ago, *Special Rapporteur*, Doc. A/CN.4/233

Yearbook of International Law Commission, 1971, vol. II, Part one

-Third Report on the Internationally Wrongful Act of the State, Source of International Responsibility by Mr. Roberto Ago, *Special Rapporteur*, Doc. A/CN.4/246 and Add.1-3

Yearbook of International Law Commission, 1972, vol. II

-Fourth Report on the Internationally Wrongful Act of the State, Source of International Responsibility by Mr. Roberto Ago, *Special Rapporteur*, Doc. A/CN.4/264 and Add.1

Yearbook of International Law Commission , 1978, vol. II, Part one

-Seventh Report on the Internationally Wrongful Act of the State, Source of International Responsibility by Mr. Roberto Ago, *Special Rapporteur*, Doc A/CN.4/307 and Add. 1-2

Yearbook of International Law Commission, 1981, vol. I

-Summary Records of the 1670th meeting of the 33rd session, Doc. A/CN.4/SER.A/1981

Yearbook of the International Law Commission, 1982, vol. I

-Summary Records of the 1731st meeting of the 34th session, Doc. A/CN.4/SER.A/1982

Yearbook of the International Commission, 1982, vol. II, Part one

-Third Report on the Content, Forms and Degrees of International Responsibility (part 2 of the draft articles) by Mr. Willem Riphagen, Special Rapporteur, Doc. A/CN.4/354 e Add. 1 e 2

Yearbook of International Law Commission, 1988, vol. II, Part one

-Preliminary Report on State Responsibility by Mr. Gaetano Arangio-Ruiz, Special Rapporteur, A/CN.4/416 AND Add.1

Yearbook of the International Law Commission, 1989, vol. II, Part One

-Second report on State Responsibility by Mr. Gaetano Arangio-Ruiz, Special Rapporteur, Doc. A/CN.4/425 and Add.1

Yearbook of the International Law Commission, 1992, vol. II, Part One

-Fourth Report on State Responsibility by Mr. Gaetano Arangio-Ruiz, Special Rapporteur, Doc. A/CN.4/444 and Add. 1-3

I.L.C. REPORTS REPERIBILI ON LINE PRESSO IL SITO

<http://www.un.org/law/ilc/archives>

**First Report on State Responsibility by Mr. James Crawford, Special Rapporteur,
Doc. A/CN.4/490/Add.5**

**Second Report on State Responsibility by Mr. James Crawford, Special Rapporteur,
Doc. , A/CN.4/498**

**Third Report on State Responsibility by Mr. James Crawford, Special Rapporteur,
Doc. A/CN.4/507**

**Fourth Report on State Responsibility by Mr. James Crawford, Special Rapporteur,
Doc. A/CN.4/517**

**Report of the International Law Commission on the Work of Its Fiftieth Session, 20
April to 12 June, 27 July to 14 August 1998, Doc. A/53/10**

**Report of the International Law Commission on the Work of Its Fifty-First Session, 3
May to 23 July 1999, Doc. A/54/10**

**Report of the International Law Commission on the Work of Its Fifty-Second
Session, 1 May to 9 June and 10 July to 18 August 2000, Doc. A/55/10**

**Report of the International Law Commission on the Work of Its Fifty-Third Session,
23 April - 1 June and 2 July - 10 August 2001, Doc. A/56/10**

**Report of the Working Group on Fragmentation of International Law : Difficulties
arising from the Diversification and Expansion of International Law, ILC, Fifty-fifth
Session, 5 May-6 June and 7 July-8 August, Doc. A/CN.4/L.644, 18 July 2003**

**Report of the Working Group on International Liability for Injurious Consequences
Arising out of Acts not Prohibited by International Law (International Liability for
Failure to Prevent Loss from Transboundary Harm Arising out of Hazardous
Activities, ILC, Fifty-sixth Session, 3 May-4 June and 5 July-6 August, Doc.
A/CN.4/L.661, 8 July 2004**

Draft Principles on the Allocation of Loss in the Case of Transboundary Harm Arising out of Hazardous Activities, ILC, Fifty-sixth Session, 3 May-4 June and 5 July-6 August, Doc. A /CN.4/L.662, 20 July 2004

SENTENZE DELLA CORTE INTERNAZIONALE DI GIUSTIZIA

-Sentenza del 21 dicembre 1962, *Sud-Ouest africain, exception préliminaire*, Recueil 1962, p. 319

-Sentenza del 5 febbraio 1970, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Recueil 1970, p. 3

-Sentenza del 24 maggio 1980, *Personnel diplomatique et consulaire des Etats Unis à Téhéran*, Recueil 1980, p. 3

-Sentenza del 27 giugno 1986, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats Unis d'Amérique)*, fond, Recueil 1986, p. 14

-Sentenza *LaGrand* del 27 giugno 2001 (*Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique*) disponibile sul sito [http:// www.wcj-cij.org](http://www.wcj-cij.org).

-Sentenza *Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)* del 14 febbraio 2002 disponibile sul sito [http:// www.wcj-cij.org](http://www.wcj-cij.org).

-Sentenza *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)* del 31 marzo 2004, disponibile sul sito [http:// www.wcj-cij.org](http://www.wcj-cij.org).

RAPPORTI DEI PANEL EX ART. 6 E 21.5 DELL'INTESA SULLA SOLUZIONE
DELLE CONTROVERSIE DELL'OMC

Etats-Unis - Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules, WT/DS2/R,
29 gennaio 1996

Japon - Taxes sur les boissons alcooliques, WT/DS8/R, WT/DS10/R, WT/DS11/R,
1° novembre 1996

*Etats-Unis - Restrictions à l'importation de vêtements de dessous de coton et de fibres
synthétiques ou artificielles en provenance du Costa Rica, WT/DS24/R, 8 novembre*
1996

*Etats-Unis - Mesure affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de
laine, tissés en provenance d'Inde, WT/DS33/R, 6 gennaio 1997*

*Communautés européennes - Régime applicable à l'importation, à la vente et à la
distribution des bananes. Plainte déposée par les Etats-Unis, WT/DS27/R/USA, 22*
maggio 1997

Canada - Certaines mesures concernant les périodiques, WT/DS31/R, 30 luglio 1997

*Inde-Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les
produits chimiques pour l'agriculture, WT/DS50/R, 5 settembre 1997*

*Argentine - Mesures affectant les importations de chaussures, textiles, vêtements et
autres articles, WT/DS56/R, 25 novembre 1997*

Communautés européennes - Hormones, WT/DS26/R, WT/DS48/R ,
13 febbraio 1998

*Japon - Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux
consommateurs, WT/DS44/R, 31 marzo 1998*

Guatemala - Enquête antidumping concernant le ciment Portland en provenance du Mexique, WT/DS60/R, 19 giugno 1998

Inde - Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture, WT/DS79/R, 24 agosto 1998

Corée - Taxes sur les boissons alcooliques, WT/DS75/R, WT/DS84/R, 17 febbraio 1999

Canada - Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers, WT/DS103/R-WT/DS113/R, 17 maggio 1999

Australie - Subventions accordées aux producteurs et exportateurs de cuir pour automobiles, WT/DS126/R, 16 giugno 1999

Etats-Unis - articles 301 à 310 de la loi de 1974 sur le commerce extérieur, WT/DS152/R, 22 dicembre 1999

Etats-Unis - Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Uni, WT/DS138/R, 23 dicembre 1999

Chili - Taxes sur les boissons alcooliques, WT/DS87/R, WT/DS110/R, 12 gennaio 2000

Australie - Subventions accordées aux producteurs et exportateurs de cuir pour automobiles, Recours des Etats-Unis à l'article 21:5 du mémorandum d'accord sur le règlement des différends, WT/DS126/RW, 21 gennaio 2000

États-Unis - FSC, WT/DS108/R, 20 marzo 2000

Etats-Unis - Loi antidumping de 1916 - Plainte des Communautés européennes, WT/DS136/R, 31 marzo 2000

Corée - Mesures affectant les marchés publics, WT/DS163/R, 1°maggio 2000

Canada – Durée de la protection conférée par un brevet, WT/DS170/R, 5 maggio 2000

Brésil - Programme de financement des exportations pour les aéronefs, recours du Canada à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, WT/DS46/RW, 9 maggio 2000

Canada - Mesures visant l'exportation des aéronefs civils - Recours du Brésil à l'article 21.5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, WT/DS70/RW, 9 maggio 2000

Etats-Unis - Mesures à l'importation de certains produits en provenance des Communautés européennes, WT/DS165/R, 17 luglio 2000

États-Unis - Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur, WT/DS160/R, 27 luglio 2000

Corée - Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée, WT/DS161R/, WT/DS169/R, 31 luglio 2000

Etats-Unis- Loi Antidumping de 1916 (Plainte du Japon), WT/DS162/R, 26 settembre 2000

Argentine-Mesures visant l'exportation de peaux de bovins et l'importation de peaux de cuirs finis ,WT/DS155/R, 19 dicembre 2000

Etats-Unis- prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, recours de la Malaisie à l'article 21.5, WT/DS58/RW, 15 giugno 2001

Etats-Unis- mesures traitant les restrictions a l'exportation comme des subventions, WT/DS194/R, 29 giugno 2001

Etats-Unis- Article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits, WT/DS176/R, 16 agosto 2001

États-Unis – Traitement fiscal des "sociétés de ventes à l'étranger" - Recours des Communautés européennes à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, WT/DS108/RW, 20 agosto 2001

États-Unis - mesures de sauvegarde définitives a l'importation de tubes et tuyaux de qualité carbone soudés, de section circulaire, en provenance de Corée, WT/DS202/R, 29 ottobre 2001

Canada- crédits a l'exportation et garanties de prêts accordés pour les aéronefs régionaux, WT/DS222/R, 28 gennaio 2002

Etats-Unis - mesures compensatoires concernant certains produits en provenance des Communautés européennes, WT/DS212/R, 31 luglio 2002

Etats-Unis - Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention, WT/DS217/R e WT/DS234/R, 16 settembre 2002

Argentine-Droits antidumping définitifs visant la viande de volaille en provenance du Brésil, WT/DS241/R, 23 aprile 2003

États-Unis – Réexamen à l'extinction des droits antidumping appliqués aux produits plats en acier au carbone traité contre la corrosion en provenance du Japon, WT/DS244/R, 14 agosto 2003

**RAPPORTI DELL'ORGANO DI APPELLO EX ART. 17 E 21.5 DELL'INTESA
SULLA SOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE DELL'OMC**

Japon – Taxes sur les boissons alcooliques, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, 4 ottobre 1996

Brésil – Mesures visant la noix de coco desséchée, WT/DS22/AB/R, 20 marzo 1997

Etats-Unis - Mesure affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés en provenance d'Inde, WT/DS33/AB/R, 25 aprile 1997

Canada - Certaines mesures concernant les périodiques WT/DS31/AB/R, 30 giugno 1997

Communautés européennes - Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes. Plainte déposée par les Etats-Unis, WT/DS27/AB/R, 9 settembre 1997

Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (CE – Hormones), WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, 13 febbraio 1998

Etats-Unis- prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, WT/DS58/AB/R, 12 ottobre 1998

Corée – Taxes sur les boissons alcooliques, WT/DS75/AB/R, WT/DS84/AB/R, 18 gennaio 1999

Canada-Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers, WT/DS103/AB/R, WT/DS113/AB/R, 13 ottobre 1999

Chili – Taxes sur les boissons alcooliques WT/DS87/AB/R, WT/DS110/AB/R, 13 dicembre 1999

Brésil - Programme de financement des exportations pour les aéronefs, recours du Canada à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS46/AB/RW, 21 luglio 2000

Canada - Mesures visant l'exportation des aéronefs civils - Recours du Brésil à l'article 21.5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS70/AB/RW, 21 luglio 2000

Etats-Unis- Loi antidumping de 1916, WT/DS136/AB/R e WT/DS162/AB/R, 28 agosto 2000

Canada – Durée de la protection conférée par un brevet, WT/DS170/AB/R, 18 settembre 2000

Corée–Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, 11 dicembre 2000

Etats-Unis- prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, recours de la Malaisie à l'article 21.5, WT/DS58/AB/RW, 22 ottobre 2001

Canada-Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers. Recours des Etats-Unis et de la Nouvelle-Zélande à l'art.21 : 5 du Mémorandum de l'accord, WT/DS103/AB/RW, WT/DS113/AB/RW, 3 dicembre 2001

Etats-Unis- article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits, WT/DS176/AB/R, 2 gennaio 2002

États-Unis – Traitement fiscal des "sociétés de ventes à l'étranger" - Recours des Communautés européennes à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, WT/DS108/AB/RW, 14 gennaio 2002

États-Unis - mesures de sauvegarde définitives a l'importation de tubes et tuyaux de qualité carbone soudés, de section circulaire, en provenance de Corée, WT/DS202/AB/R, 15 febbraio 2002

Communautés européennes- Désignation commerciale des sardines, WT/DS231/AB/R, 26 settembre 2002

Etats-Unis – Droits compensateurs sur certains produits plats en acier au carbone traité contre la corrosion en provenance d'Allemagne, WT/DS213/AB/R, 28 novembre 2002

Canada-Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers. Deuxième recours des Etats-Unis et de la Nouvelle-Zélande à l'article 21:5 du Mémoire d'accord, WT/DS103/AB/RW2, WT/DS113/AB/RW2, 5 décembre 2002

Etats-Unis- Mesures compensatoires de certains produits en provenance des Communautés européennes , WT/DS212/AB/R, 9 décembre 2002

Etats-Unis - Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention WT/DS217/AB/R e WT/DS234/AB/R, 16 gennaio 2003

Etats-Unis – Réexamen a l'extinction des droits antidumping appliqués aux produits plats en acier au carbone traité contre la corrosion en provenance du Japon, WT/DS244/AB/R, 15 décembre 2003

DECISIONI ARBITRALI EX ART. 25 DELL'INTESA SULLA SOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE DELL'OMC

-Decisione arbitrale, Etats- Unis – Article 110 5) de la loi sur le droit d'auteur. Recours a l'arbitrage au titre de l'article 25 du mémorandum d'accord sur le règlement des différends, WT/DS160/ARB25/1, 9 novembre 2001

ACCORDI EX ART. 22.2 DELL'INTESA DI SOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE DELL'OMC

États-Unis – Article 110 5) de la Loi des Etats-Unis sur le droit d'auteur. Notification d'un arrangement temporaire mutuellement satisfaisant, WT/DS160/23, 26 giugno 2003

DECISIONI ARBITRALI EX.ART. 22.6 DELL'INTESA SULLA SOLUZIONE
DELLE CONTROVERSIE DELL'OMC

Decisione arbitrale, *Communautés européennes – régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS27/ARB, 9 aprile 1999

Decisione arbitrale, *Communautés européennes - mesures concernant les viandes et les produits carnes. plainte initiale des Etats-Unis. Recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS26/ARB, 12 luglio 1999

Decisione arbitrale, *Communautés européennes - mesures concernant les viandes et les produits carnes. plainte initiale du Canada. Recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS48/ARB, 12 luglio 1999

Decisione arbitrale, *Communautés européennes – régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS27/ARB/ECU, 24 marzo 2000

Decisione arbitrale, *Brésil – programme de financement des exportations pour les aéronefs. Recours du Brésil à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du mémorandum d'accord sur le règlement des différends et de l'article 4.11 de l'accord SMC*, WT/DS46/ARB, 28 agosto 2000

Decisione arbitrale, *États-Unis - traitement fiscal des "sociétés de ventes à l'étranger". Recours des Etats-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du mémorandum d'accord sur le règlement des différends et de l'article 4.11 de l'accord SMC*, WT/DS108/ARB, 30 agosto 2002

Decisione arbitrale, Canada – crédits a l'exportation et garanties de prêts accordés pour les aéronefs régionaux. Recours du Canada à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du mémorandum d'accord sur le règlement des différends et de l'article 4.11 de l'accord SMC, WT/DS222/ARB, 17 febbraio 2003

Decisione arbitrale, Etats-Unis – Loi antidumping de 1916 (plainte initiale des Communautés européennes). Recours des Etats-Unis a l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du mémorandum d'accord sur le règlement des différends , WT/DS136/ARB, 24 febbraio 2004.

RAPPORTI DEI PANEL RELATIVI ALL' ACCORDO GATT'47

Les subventions australiennes aux importations de sulfate d'ammonium, IBDD, II/204, (1950)

Allemagne – Sardines, IBDD, S1/56, (1952)

Droits appliqués par l'Allemagne à l'importation d'amidon et de fécule de pommes de terre, IBDD, 3S/77, (1955)

Recours de l'Uruguay, IBDD, S11/98, (1962)

CE - Agrumes, L/5776, rapporto non adottato (1985)

CEE - Fruits en boîte, L/5778, rapporto non adottato (1985)

États-Unis – Taxes sur le pétrole et certains produits d'importation, IBDD, S34/154, (1987)

Japon-Restrictions à l'importation de certains produits agricoles, IBDD 35S/163, (1988)

Japon - Semi-conducteurs, IBDD, S35/126, (1988)

CEE - Oléagineux, IBDD, S37/91, (1990)

Etats-Unis - Dérogation de 1955, IBDD, S37/245, (1990)

